Die Arbeitsbereitschaft.

Ihr Begriff und ihre gesetzliche Regelung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Diplomwirtschafter

Eduard Bootz

aus Ulm.

Approbiert am 17. November 1928.

MCMXXIX

Bayer. Hofbuchdruckerei Gebrüder Reichel, Augsburg.

Referent: Geh. Rat Univ.-Prof. Dr. D. Emil Sehling.
Dekan und Korreferent: Univ.-Prof. Dr. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0142

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Inhaltsverzeichnis . . . . . V–VI
Literaturverzeichnis . . . . . VII–IX
Verzeichnis der Abkürzungen . . . . . X–XI

I. Teil: Der Begriff.

§ 1. (Einleitung.) Abgrenzung des Themas 3

§ 2. Die „Arbeitsbereitschaft" im Arbeitszeitrecht 4
1. Die Notwendigkeit von Ausnahmen vom Achtstundentag, insbesondere für den Fall der Arbeitsbereitschaft 4
2. Die Beachtung der Arbeitsbereitschaft im internationalen, außerdeutschen und deutschen Arbeitszeitrecht 5
3. Die Verschiedenheiten der Sonderbehandlung der Arbeitsbereitschaft im überholten, geltenden und kommenden deutschen Arbeitszeitrecht 6

§ 3. Der Begriff „Arbeitsbereitschaft" 9
1. Die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung 9
2. Die in Literatur und Judikatur vertretenen drei Auffassungen 9
a) „Arbeitsbereitschaft" als Ruhezustand 10
b) „Arbeitsbereitschaft" als Tätigkeitszustand 13
c) „Arbeitsbereitschaft" als Zwischenzustand 15
3. Die Begriffsbestimmung 16
a) Ausgangspunkt und Weg 16
b) Die wesentlichen Begriffsmerkmale 17
c) Der Begriff 21
4. „Arbeitsbereitschaft" und unproduktive Arbeit 21
5. Das Verhältnis der Bereitschaftsarbeit zu den Vorbereitungs- und Ergänzungsarbeiten des § 4 AZV 22

§ 4. Die „Arbeitsbereitschaft in Pausen" 24
1. Die Pausenregelung durch Gesetz und Vertrag 24
2. Die Zulässigkeit der Arbeitsbereitschaft während der Pausen 24
3. Der Einfluß der „Arbeitsbereitschaft" auf die Pause 26

II. Teil: Die gesetzliche Regelung.

§ 5. (Einleitung.) System und Inhalt des Arbeitszeitrechts 31

§ 6. Der Inhalt des § 2 AZV 32
1. Der Inhalt im allgemeinen 32
2. Die materiellen Voraussetzungen 36
3. Die formellen Voraussetzungen 40

§ 7. Die Regelung der Arbeitsbereitschaft gemäß § 2 AZV 40
1. Die Anwendbarkeit der §§ 5 und 6 AZV auf die Regelungsmöglichkeiten des § 2 AZV 40
2. Gemeinsame Voraussetzungen der tariflichen und ministeriellen Regelung 42
3. Die Durchführung der tariflichen und ministeriellen Regelung 44
a) Die tarifliche Regelung 44
b) Die ministerielle Regelung 49
c) Die Möglichkeiten des räumlichen Umfangs der beiden Regelungen 58

4. Die Wirkung der tariflichen und ministeriellen Regelung . . 59
a) Die öffentlich-rechtliche Natur der AZV 59
b) Haupt- und Nebenwirkung der tariflichen Regelung. . 60
c) Haupt- und Nebenwirkung der ministeriellen Regelung 61
5. Die Beanstandung der tariflichen Regelung und die Beschwerde gegen die behördliche Regelung 64
a) Beanstandung 64
b) Beschwerde 68
6. Der Wegfall der tariflichen und behördlichen Regelung . . . 70

§ 8. Die Regelungsmöglichkeiten für die Arbeitsbereitschaft außerhalb des § 2 AZV 72
1. Regelung nach § 5 und § 6 AZV 72
2. Regelung nach § 5 Abs. 2 AZV. 73
3. Regelung nach § 5 Abs. 3 AZV 76

§ 9. Die zulässige Höhe der Arbeitszeit bei vorliegender Arbeitsbereitschaft im Sinne des § 2 AZV 77

Schlußwort 80

LITERATURVERZEICHNIS

Gesetzesmaterialien.

Vorarbeiten zu den Arbeitszeitgesetzen für Arbeiter und Angestellte (Regierungsentwürfe und Verhandlungen im Vorläufigen Reichswirtschaftsrat, 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, 1. Stück).

Regierungsbegründung zur Arbeitszeitverordnung (Reichsarbeitsblatt 1924 S. 16 ff.).

Entwurf eines Gesetzes betreffend Abänderung der Verordnung über die Arbeitszeit vom 21. Dezember 1923 (Reichstagsdrucksache Nr. 2961, 1924/27).

Entwurf eines Gesetzes zur Abänderung der Arbeitszeitverordnung (Reichstagsdrucksache Nr. 3245, 1924/27).

Bericht des 9. Ausschusses (Soziale Angelegenheiten) über den Entwurf eines Gesetzes zur Abänderung der Arbeitszeitverordnung (Reichstagsdrucksachen Nr. 3338 und 3392, 1924/27).

Sitzungsberichte des Reichstags über die Beratung der Abänderung der Arbeitszeitverordnung (304., 305., 308., 309. Sitzung 1924/27).

Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes mit amtlicher Begründung (37. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt).

Bericht des Sozialpolitischen Ausschusses zu dem Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes (Drucksache des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats Nr. 355A, 1920/27).

Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift (28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, 2. Stück).

Lehrbücher, Handbücher, Jahrbücher.

Elster und *Stier-Somlo:* Handwörterbuch der Rechtswissenschaften.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928.

Fleischmann: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Aufl., 1911/14.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 4. Aufl.

Hatschek: Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig-Erlangen 1924.

Hatschek: Deutsches und Preußisches Staatsrecht. 2. Bd., Berlin 1923.

Hoeniger-Schultz-Wehrle: Jahrbuch des Arbeitsrechts, 1923–26.

Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts. Bd. I–III, Stuttgart 1922.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927/28.

Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. 1927.

Jellinek: Verwaltungsrecht. 1928.

Kaskel: Arbeitsrecht. 3. Aufl., Berlin 1928 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Bd. XXXI).

Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.

Sehling: Deutsches Handelsrecht. Hamburg 1924.

Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts. Jena 1927.

Stier-Somlo: Reichs- und Landesstaatsrecht. Berlin und Leipzig 1924 (Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. XVIII).

Kommentare.

Ende, v.: Die Arbeitszeitverordnung. Stuttgart 1924.

Erdmann: Die Verordnung über die Arbeitszeit. 4. Aufl., Berlin 1928.

Flatow: Betriebsrätegesetz. 12. Aufl., Berlin.

Klehmet: Arbeitszeitrecht (Verordnung über die Arbeitszeit vom 21. Dezember 1923). Berlin 1924, mit Nachtrag, Berlin 1927.

Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung. 7. Aufl.

Landmann-Rohmer: Die Verordnung über die Arbeitszeit. München 1927.

Leipart-Noerpel: Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit. Berlin 1927.
Neitzel: Die Arbeitszeit der gewerblichen Arbeiter und Angestellten unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung über die Arbeitszeit. Berlin 1924.
Potthoff: Kommentar zur Arbeitszeitverordnung. Herausgegeben vom Gewerkschaftsbund der Angestellten. Berlin-Zehlendorf 1927.
Rohde: Die Arbeitszeitverordnung in der Fassung des Arbeitszeitnotgesetzes vom 14. April 1927. Berlin 1927.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. von Koenige, Pinner und Bondi. Berlin-Leipzig 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7/8. Aufl.
Syrup: Verordnung über die Arbeitszeit. Berlin 1924.
Ders.: Regelung der Arbeitszeit nach dem Gesetz vom 14. April 1927. Berlin 1927.
Verordnung über die Arbeitszeit. Herausgegeben und erläutert von der Hauptgeschäftsstelle des Gesamtverbandes der Christlichen Gewerkschaften Deutschlands. Berlin-Wilmersdorf 1924.
Wölbling-Riese: Die Verordnung über die Arbeitszeit. Berlin 1924.

Zeitschriften.

Arbeitgeber, Der, Jahrg. 1925.
Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, Jahrg. 1924 bis 1928.
Arbeitsrechtliche Beilage zu den Mitteilungen der Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Jahrg. 1927.
Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Jahrg. 1923 bis 1925.
Internationale Hotelindustrie, Jahrg. 1926.
Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1927.
Nachrichtenblatt des Zechenverbandes in Essen, Jahrg. 1926.
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jahrg. 1923 bis 1928.
Reichsarbeitsblatt, Jahrg. 1921, 1922, 1924, 1925.
Schlichtungswesen, Das, Jahrg. 1924, 1926, 1927.
Stahl und Eisen, Jahrg. 1924.

Abhandlungen, Schriften, Gutachten.

Abel: Die Arbeitszeit der Maschinisten, Heizer, Kesselwärter usw. in durchgehenden Betrieben. (Unveröffentlichtes Gutachten. Vom Zechenverband in Essen abschriftlich zur Verfügung gestellt.)
Dehms: Die Arbeitszeit nach deutschem Recht. Berlin 1927.
Erdmann: Die Rechtslage nach Ablauf eines Tarifvertrags. Berlin 1925.
Friedrichs: Artikel „Beschwerde" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften.
Jäkel: Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit. Berlin 1926.
Jellinek: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.
Kaskel: Die Arbeitsbereitschaft. Ein Gutachten. (Schlichtungswesen 1926, S. 75 ff.)
Klehmet: Arbeitsbereitschaft (Reichsarbeitsblatt 1925, S. 462 ff.).
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910 (Manuldruck 1925).
Kühne: Die Arbeitszeitregelung nach der Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten (Reichsarbeitsblatt 1924, S. 154 ff.)
Landmann: Das Mitbestimmungsrecht der beteiligten Kreise bei der Regelung der Arbeitszeit. (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1924, Sp. 141.)
Lehmann: Tarifvertrag und Nachwirkung. Leipzig 1927.
Lipmann: Das Arbeitszeitproblem. Berlin 1926.
Loewenthal: Zum Begriff der Arbeitsbereitschaft. (Arbeitsrecht 1927, Sp. 185 ff.)
Mansfeld: Arbeitsbereitschaft. (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926, Sp. 603 ff.)

Meissinger: Arbeitszeitrecht nach dem Arbeitszeitnotgesetz vom 14. April 1927. Stuttgart 1927.
Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrags. Leipzig 1925.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Mannheim 1925.
Neitzel: Die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter. (Reichsarbeitsblatt 1921, S. 885.)
Ders.: Die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten. (Reichsarbeitsblatt 1922, S. 345.)
Oertmann: Arbeitsbereitschaft. Ein Rechtsgutachten. (Arbeitsrechtliche Beilage zu den Mitteilungen der Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände 1927, S. 92 ff.)
Potthoff: Die Arbeitsbereitschaft des Kellners. (Internationale Hotelindustrie 1926, Nr. 24.)
Schellewald: Zur Frage der Arbeitszeit für die Feuerarbeiter der Hüttenwerke. (Stahl und Eisen 1924, Sp. 1446.)
Schulz-Schaeffer: Gutachten zur Arbeitsbereitschaft. (Arbeitsrechtliche Beilage zu den Mitteilungen der Vereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände 1927, S. 53.)
Sinzheimer: Der korporative Arbeitsnormenvertrag. 1907/08.
Ders: Arbeitsbereitschaft. (Unveröffentlichtes Gutachten. Vom Zechenverband in Essen abschriftlich zur Verfügung gestellt.)
Stier-Somlo: Artikel „Beschwerde" im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts.
Völkers: Zur Arbeitszeitverordnung. (Arbeitsrecht 1924, Sp. 307.)
Warncke: Arbeitspausen. (Schlichtungswesen 1924, S. 168.)

Besprechungen, Entscheidungen, Entscheidungssammlungen.

Kreller: Urteil des LG Dortmund v. 25. III. 1926. (Juristische Wochsenschrift 1927, Sp. 1533 ff.)
Schmaltz: Bezahlte Pausen. (Arbeitsrecht 1924, Sp. 923.)
Schiedsspruch einer Tarifschiedsstelle. (Schlichtungswesen 1924, S. 95 ff.)
Urteil des LG Dortmund v. 4. II. 1926. (Nachrichtenblatt des Zechenverbandes in Essen 1926, Nr. 7.)
Urteil des LG Dortmund v. 25. III. 1926. (Nachrichtenblatt des Zechenverbandes in Essen 1926, Nr. 9.)
Urteil des LG Duisburg v. 12. XI. 1926. (Schlichtungswesen 1927, S. 151 ff.)
Urteil des LAG Essen v. 19. X. 1927. (Entscheidungen des RAG und der LAG, Bd. I, Nr. 131 LAG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 106, 107, 111.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 27 und 32.
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. Herausgegeben von Flatow - Gerstel - Hueck - Nipperdey. München-Berlin-Leipzig 1928.
Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen. Bd. 22.
Potthoff-Jadesohn-Meißinger: Die Rechtsprechung des Arbeitsrechts 1926/27 mit Nachtrag 1914/25.
Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Bd. 4.

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

AB	= Arbeitsbereitschaft.
Abel	= Abel, Gutachten über die Arbeitszeit der Maschinisten usw. in durchgehenden Betrieben.
AG	= Arbeitgeber.
AN	= Arbeitnehmer.
AngAZV	= Verordnung über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten v. 18. März 1919.
ArbAZAo	= Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter v. 23. November / 17. Dezember 1918.
ASchGE	= Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes.
Ausf. Best.	= Ausführungsbestimmungen.
AV	= Arbeitsvertrag.
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung v. 16. Juli 1927.
AZ	= Arbeitszeit.
AZR	= Arbeitszeitrecht.
AZV	= Verordnung über die Arbeitszeit v. 21. Dezember 1923 / 14. April 1927.
Bensh. Samml.	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte.
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch.
BRG	= Betriebsrätegesetz.
BV	= Betriebsvereinbarung.
BVertr.	= Betriebsvertretung.
Dehms	= Dehms, Die Arbeitszeit nach deutschem Recht. 1927.
DemV	= Demobilmachungsverordnungen.
v. Ende	= von Ende, Die Arbeitszeitverordnung. 1924.
Erdmann	= Erdmann, Die Verordnung über die Arbeitszeit. 4. Aufl., 1928.
Flatow	= Flatow. Betriebsrätegesetz, 12. Aufl.
Fleiner	= Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1928.
Gew. Ger.	= Gewerbegericht.
Hatschek	= Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht.
Hatschek, Verw. R.	= Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts.
HGB	= Handelsgesetzbuch.
Hueck, Hdbch.	= Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts. Bd. I–III. 1922.
Hueck-Nipperdey	= Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I. 1927/28.
Jäkel	= Jäkel, Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit. 1926.
Jellinek	= Jellinek, Gesetz und Verordnung. 1887.
Kaskel	= Kaskel, Arbeitsrecht. 3. Aufl. 1928.
Kaskel, Gutachten	= Kaskel, Arbeitsbereitschaft. Ein Gutachten.
Klehmet	= Klehmet, Arbeitszeitrecht. 1924.
Klehmet, AB	= Klehmet, Arbeitsbereitschaft.
Kormann	= Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
Kreller	= Kreller, Besprechung des Urteils des LG Dortmund v. 25. III. 1926.
LAG	= Landesarbeitsgericht.
Landmann-Rohmer	= Landmann-Rohmer, Die Verordnung über die Arbeitszeit. 1927.
Leipart	= Leipart-Noerpel, Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit. 1927.

LG = Landgericht.
Loewenthal = Loewenthal, Zum Begriff der Arbeitsbereitschaft.
Mansfeld = Mansfeld, Arbeitsbereitschaft.
Molitor = Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrags. 1925.
Neitzel = Neitzel, Die Arbeitszeit der gewerblichen Arbeiter und Angestellten. 1924.
NZfAR = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
Oertmann = Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht.
Oertmann, Gutachten = Oertmann, Arbeitsbereitschaft. Ein Gutachten.
Potthoff = Potthoff, Kommentar zur Arbeitszeitverordnung. 1927.
Potthoff-Jadesohn-Meissinger = Potthoff-Jadesohn-Meissinger, Die Rechtsprechung des Arbeitsrechts 1926/27 mit Nachtrag 1914/25.
RABl = Reichsarbeitsblatt.
RAM = Reichsarbeitsminister.
Reg.Begr. = Regierungsbegründung.
RGewO = Reichsgewerbeordnung.
RGStr = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rohde = Rohde, Die Arbeitszeitverordnung. 1927.
RWR = Reichswirtschaftsrat.
Schellewald = Schellewald, Zur Frage der Arbeitszeit für die Feuerarbeiter der Hüttenwerke.
SchlA = Schlichtungsausschuß.
SchlV = Verordnung über das Schlichtungswesen v. 30. Oktober 1923.
SchlW. = Das Schlichtungswesen (Zeitschrift).
Schulz-Schaeffer = Schulz-Schaeffer, Gutachten zur Arbeitsbereitschaft.
Sehling = Sehling, Deutsches Handelsrecht.
Sinzheimer = Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts. 1927.
Sinzheimer, Gutachten = Sinzheimer, Arbeitsbereitschaft. Ein Gutachten.
Staudinger = Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Stier-Somlo = Stier-Somlo, Reichs- und Landesstaatsrecht. 1924.
Syrup = Syrup, Verordnung über die Arbeitszeit. 1924.
TV = Tarifvertrag.
TVVo = Verordnung über Tarifverträge usw. v. 23. Dezember 1918.
Wölbling-Riese = Wölbling-Riese, Die Verordnung über die Arbeitszeit. 1924.
ZfAR = Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten.

I. TEIL

§ 1.

Abgrenzung des Themas.

Der Ausdruck „Bereitschaft" ist im deutschen Gesetzesrecht zum erstenmal im Arbeitszeitrecht (AZR) der Nachkriegszeit gebraucht. Als juristischer Begriff findet er sich jedoch schon vielfach in anderen Rechtsmaterien. Als Beleg mögen einige Beispiele dienen. Eine „Bereitschaft zur Leistung" wird von dem Schuldner verlangt, der seinen Gläubiger in Verzug setzen will. Denn er hat im Regelfall des § 294 BGB die Leistung so, wie sie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu bewirken ist, „tatsächlich" anzubieten. Weiter wird eine „Dienstbereitschaft" von jedem gefordert, der einen Dienstvertrag eingegangen ist, wenn die Verpflichtung des Vertragsgegners zur Gewährung des vereinbarten Entgelts bestehen bleiben soll (§ 611 BGB). Das geltende Recht anerkennt nach herrschender Meinung[1], die auch vom Reichsgericht[2] vertreten wird, keine Pflicht des Dienstberechtigten zur Annahme der Dienste, wohl aber eine Leistungsbereitschaftspflicht des Dienstverpflichteten. Nur dann kann dieser die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne sogar deshalb zur Nachleistung verpflichtet zu sein (§ 615 BGB). Dieser Grundsatz gilt im besonderen nach § 59 HGB auch für Handlungsgehilfen. „Der Handlungsgehilfe muß zur Leistung der kaufmännischen Dienste bereit sein; fehlt diese Bereitschaft, so ist der Prinzipal von der Gegenleistung befreit"[3]. Einen weiteren Fall von Bereitschaft im Handelsrecht finden wir bei der Lehre vom Kaufmann. Für die Kaufmannseigenschaft kraft Gewerbebetriebs (§ 1 HGB) ist einerseits erforderlich, „Wille, Zweck und Absicht", m. a. W. eine Bereitschaft, ein Handelsgewerbe auszuüben, andererseits genügt diese Bereitschaft zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft. Zu einer Tätigkeit selbst braucht es gar nicht zu kommen[4].

Im Gebiete des Arbeitsrechts stoßen wir auf den Begriff „Bereitschaft" bei den sog. Werksbeurlaubungen. Darunter ist die aus Betriebsgründen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern vereinbarte Arbeitsaussetzung des ganzen oder doch des größten Teils der Belegschaft zu verstehen. Dadurch wird das Fortbestehen des Arbeitsvertrages nicht berührt. Aufgehoben werden nur die beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag: die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Lohnzahlungpflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat aber einen Anspruch auf Wiedereinstellung nur dann, wenn er sich zur Wiederaufnahme der Arbeit bereit hält[5]. In der Sozialversicherung liegt ein Fall der Bereitschaft vor im § 87 Ziff. 1 AVAVG. Danach ist der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung von Arbeitsfähigkeit, unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und

[1] Oertmann S. 137; Hueck-Nipperdey S. 217; Staudinger, § 611 Anm. VI.
[2] RGZ 106/274.
[3] Sehling S. 80.
[4] Sehling S. 15 und S. 32.
[5] Hueck-Nipperdey S. 143 ff.; Sinzheimer S. 113 ff.; Kaskel S. 159.

Arbeitswilligkeit abhängig. Arbeitswillig ist derjenige, der „bereit" ist, die ihm vermittelte und angebotene Arbeit, sofern sie ihm zuzumuten ist, anzunehmen (vgl. § 90 AVAVG).

Bei den bis jetzt erwähnten Fällen von Bereitschaft ist – mit Ausnahme der Bereitschaftspflicht Arbeitsloser – die Gemeinsamkeit festzustellen, daß sie eine F o l g e der gesetzlichen Vorschrift sind. Ganz anders verhält es sich mit der Bereitschaft des § 2 Arbeitszeitverordnung (AZV) vom 21. XII. 1923/14. IV. 1927, der sog. „Arbeitsbereitschaft". Abgesehen davon, daß uns hier zum erstenmal überhaupt der Ausdruck „Bereitschaft" im Gesetz begegnet, unterscheidet sich dieser Bereitschaftsfall von den aufgezählten dadurch, daß er nicht eine Folge der gesetzlichen Vorschrift ist, sondern eine Vorbedingung für die Anwendung der Gesetzesnorm. Dort haben wir es mit einer Rechtsfolge, hier mit einem rechtlichen Tatbestand zu tun. Die Arbeitsbereitschaft des § 2 AZV ist in erster Linie kein juristischer, sondern ein tatsächlicher Begriff, den der Gesetzgeber als rechtliche Voraussetzung für die Anwendung einer Rechtsnorm bestimmt; sie ergibt sich nicht als Rechtsfolge aus dem Inhalt des § 2 AZV, wie die Bereitschaftspflicht des Schuldners aus § 249 BGB, des Dienstverpflichteten aus § 611 BGB, des Handlungsgehilfen aus § 59 HGB, des Kaufmanns aus § 1 HGB, des werkbeurlaubten Arbeitnehmers aus der Vereinbarung zwischen ihm und dem Arbeitgeber, sondern sie wird von ihm als gesetzlicher Tatbestand vorausgesetzt, an den das Gesetz erst bestimmte Rechtsfolgen knüpft. Von der Bereitschaftspflicht des Arbeitslosen, die gleichfalls tatbestandsmäßige Voraussetzung ist, unterscheidet sich die Bereitschaft nach § 2 AZV dadurch, daß jene außerhalb, diese innerhalb eines Arbeitsverhältnisses besteht, woraus sich naturgemäß auch eine begriffliche Verschiedenheit der beiden ergeben muß.

Gegenstand dieser Arbeit ist dieser Spezialfall einer Bereitschaft, die einerseits tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsnorm ist, andererseits während des Bestehens eines tatsächlichen oder rechtlichen Arbeitsverhältnisses in Erscheinung tritt. Ihre wesentliche Verschiedenheit und besondere Eigenart gegenüber den angeführten Bereitschaftsfällen erfordert vor einer Beschäftigung mit dem mit ihr zusammenhängenden juristischen Fragenkomplex eine klare Bestimmung ihres Begriffs, ohne die eine zweifelsfreie und einheitliche Anwendung der Gesetzesnorm nicht möglich ist. Dem soll im folgenden Paragraphen ein Ueberblick über die gesetzgeberische Behandlung der Arbeitsbereitschaft vorausgehen, der wichtige Anhaltspunkte für die begriffliche und juristische Untersuchung gibt.

§ 2.

Die „Arbeitsbereitschaft" im Arbeitszeitrecht.

1. Die Novemberumwälzung des Jahres 1918 brachte der deutschen Arbeitnehmerschaft den Achtstundentag. Der freien Verein-

barung der großen Arbeitgeberverbände mit den Gewerkschaften der Arbeitnehmer über die Einführung des Achtstundentages für alle Betriebe folgte die in dem „Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk" vom 12. XI. 1918 angekündigte gesetzliche Einführung des achtstündigen Höchstarbeitstages durch die sog. Demobilmachungsverordnungen (DemV), die „Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter" (ArbAZAo) vom 23. XI./17. XII. 1918 und die „Verordnuug über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung" (AngAZV) vom 18. III. 1919. Beide Verordnungen waren als Uebergangsregelung gedacht. Sie konnten auch keine dauernde Gültigkeit haben, da ihre rechtliche Grundlage lediglich auf den Befugnissen der Demobilmachungsämter beruhte, die ebenfalls nur vorübergehende Bedeutung hatten. Der Grundsatz des Achtstundentages der beiden Rechtsverordnungen war nur durch außerordentlich wenige Ausnahmen durchbrochen. Sie beschränkten sich bei der ArbAZAo fast vollständig auf durchgehende Betriebe. Erst die Ergänzung zur ArbAZAo vom 17. XII. 1918 ermächtigte die Demobilmachungskommissare, im öffentlichen Interesse Ausnahmen von den Beschäftigungsbeschränkungen gewerblicher Arbeiter auch für normale einschichtige Betriebe zu machen. Die Tatsache, daß von diesen Ausnahmebewilligungen in der Folgezeit häufig Gebrauch gemacht werden mußte, führte zu der Erkenntnis, daß unter den obwaltenden Verhältnissen in der deutschen Wirtschaft eine vollkommen schematische Durchführung des Achtstundentages vorerst nicht möglich sei. Dazu kam noch die besonders in den Beratungen und Sachverständigenvernehmungen des vorläufigen Reichswirtschaftsrates über die unterdessen von Regierungsseite vorgelegten Entwürfe über Arbeitszeitgesetze für Arbeiter und Angestellte[6] zutage getretene Auffassung, daß der streng durchgeführte Achtstundentag es unmöglich mache, die durch die Verschiedenartigkeit der Arbeitsleistung bedingte unterschiedliche Beanspruchung der Arbeitskraft entsprechend zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang wurde vor allem auf diejenigen Arbeiter hingewiesen, die nur sog. Bereitschaftsdienste zu verrichten hatten. So führt auch die amtliche Begründung[7] der an Stelle dieser Regierungsentwürfe erlassenen Arbeitszeitverordnung, die die Ergebnisse dieser Beratungen verwertete, aus, daß eine besondere Berücksichtigung der Arbeitsbereitschaft notwendig erscheint.

2. Die Tatsache des Vorliegens einer sog. Arbeitsbereitschaft in fast allen Gewerbezweigen und die Anerkennung des Erfordernisses, sie einer besonderen Regelung hinsichtlich der Arbeitszeit unterziehen zu müssen, machte sich in allen deutschen und außerdeutschen und internationalen Gesetzesentwürfen und Gesetzesregelungen geltend. Schon das internationale „Washingtoner

[6] s. RABl 1922 Nr. 21 S. 637* ff.; 28. Sonderheft zum RABl.
[7] s. RABl 1924 S. 16 ff.

Uebereinkommen, betreffend Festsetzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und 48 Stunden wöchentlich"[8], das von der Allgemeinen Konferenz der internationalen Arbeitsorganisation des Völkerbundes am 29. X. 1919 in Washington angenommen und den Regierungen der einzelnen Staaten zur Ratifizierung vorgelegt wurde, sieht „für gewisse Gruppen von Arbeitern, deren Arbeit ihrem Wesen nach Unterbrechungen erfährt", dauernde Ausnahmen vom Achtstundentag und der 48-Stundenwoche vor. Auch in den Arbeitszeitgesetzen Belgiens (Ges. v. 14. VI. 1921), Frankreichs (Ges. v. 23. IV. 1919), Italiens (Ges. v. 15. III. 1923), der Tschechoslowakei (Ges. v. 19. XII. 1918) und der Schweiz (Fabriken-Ges. v. 27. VI. 1919) wurde die Arbeitsbereitschaft einer besonderen Behandlung hinsichtlich der Arbeitszeit unterworfen[9].

So ist auch im geltenden deutschen AZR – § 2 AZV –, wie in den überholten nicht erledigten Entwürfen – § 21 des Entwurfs eines Gesetzes über die Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter[10] und § 19 des Entwurfs eines Gesetzes über die Arbeitszeit der Angestellten[11]; § 2 des Entwurfs eines vorläufigen Gesetzes über die Arbeitszeit vom 22. X. 1923[12] –, wie in dem umfassenden, im Augenblick zur Beratung stehenden Entwurf (§ 13) eines Arbeitsschutzgesetzes[13] für die Arbeitsbereitschaft jeweils eine Sonderregelung vorgesehen. Der Zweck, den der Gesetzgeber dabei verfolgte, war, eine praktisch brauchbare Ausnahme zu schaffen für einen besonderen, anerkannt ausnahmebedürftigen Fall und wenigstens bis zu einem gewissen Grade eine Wertung der Arbeitsleistung nicht nach einem schematisch-zeitlichen, sondern nach einem Gesichtspunkt zu gewährleisten, der das Maß der Beanspruchung der Arbeitskraft in Rücksicht zieht.

3. Die Art der Regelung ist in den erwähnten deutschen Gesetzen bzw. Entwürfen nach drei Richtungen hin verschieden. Gemeinsam ist allen Bestimmungen nur die Zulassung einer über den Achtstundentag hinausgehenden Beschäftigungsdauer. Aber schon was die zulässige Höhe der Arbeitszeit anbelangt, zeigt sich die erste Verschiedenheit zwischen den überholten Entwürfen und dem geltenden Recht auf der einen, dem ASchGE auf der anderen Seite. Jene begnügen sich mit der Festsetzung einer allgemeinen Abweichungsmöglichkeit vom Achtstundentag, ohne ausdrücklich eine zeitliche Grenze, bis zu welcher die Abweichung zulässig ist, zu bestimmen. (Inwiefern allerdings aus den übrigen Vorschriften des geltenden Rechts mittelbar ein Verbot der Ueberschreitung einer bestimmten Höchstgrenze sich ergibt, ist eine andere Frage, die in § 9 dieser Arbeit Behandlung findet.) Die dadurch besonders in der

[8] s. 37. Sonderheft zum RABl.
[9] s. RABl 1925 Nr. 28 S. 462* ff.
[10] RABl Jahrg. 1 N. F. Nr. 22 S. 783.
[11] RABl 1922 Nr. 11 S. 297.
[12] Reichstagsdrucksache Nr. 6279, 1920/23.
[13] 37. Sonderheft zum RABl.

Praxis hervorgerufenen Zweifelsfragen und Unklarheiten hat der Gesetzgeber de lege ferenda (§ 13 ASchGE) durch Festsetzung eines zehnstündigen Arbeitstags bzw. zwölfstündigen Schichttages beseitigt, allerdings auf Kosten einer das Maß der Anstrengung berücksichtigenden Bewertung der Bereitschaftsarbeit, die im geltenden Recht gewährleistet ist, das bei entsprechender Anwendung der allgemeinen Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes die Gefahr der Festsetzung sozialwidriger Arbeitszeiten durchaus vermeidet.

Die zweite Verschiedenheit liegt in dem formellen Verfahren für eine rechtsgültige Festsetzung einer höheren als achtstündigen Beschäftigungsdauer. Während nach den gleichlautenden Entwürfen über die Arbeitszeit der Arbeiter und Angestellten[14] grundsätzlich nur der Reichsarbeitsminister (RAM) ermächtigt ist, eine vom gesetzlichen Maximalarbeitstag abweichende Regelung zu treffen, überläßt die AZV, entsprechend ihrer Tendenz, neben einem prinzipiellen Festhalten am Achtstundentag im Interesse einer volkswirtschaftlich notwendigen Steigerung und Verbilligung der Produktion der Selbstverwaltung der am Arbeitsverhältnis Beteiligten hinsichtlich der Bemessung der Arbeitszeit weiten Spielraum zu lassen[15], die Festsetzung einer höheren Arbeitszeit für die Arbeitsbereitschaft in erster Linie den Tarifparteien. Nur subsidiär soll der RAM in Tätigkeit treten. Einen völlig neuen Weg schlägt der ASchGE ein, indem er in vollständiger Abwendung von der Tendenz der AZV weder durch Tarifvertrag (TV) noch durch den RAM eine Regelung vorsieht, vielmehr im Gesetz selbst einzelne Bereitschaftstätigkeiten aufzählt, für die ein besonderer Arbeitstag gilt, daneben allerdings den RAM ermächtigt, auch bei anderen als den im Gesetz aufgeführten Tätigkeiten AB anzuerkennen.

Die dritte Verschiedenheit, die übrigens für die vorzunehmende Begriffsbestimmung der Arbeitsbereitschaft von besonderer Bedeutung ist, beruht darin, daß der Gesetzgeber das eine Mal, in den überholten Entwürfen und im geltenden Recht, von AB schlechthin spricht, das andere Mal, im ASchGE, für die AB eine nähere Umschreibung zu geben versucht. Dies hat seinen Grund darin, daß weder eine feste Vorstellung noch eine einheitliche Auffassung darüber besteht, was eigentlich unter „Arbeitsbereitschaft" zu verstehen ist. Schon in den ersten Verhandlungen im vorläufigen RWR über die Entwürfe[14] kamen die auch in der Praxis bestehenden Unklarheiten über den Begriff „Arbeitsbereitschaft" zum Ausdruck. Man war sich im wesentlichen nur darüber klar, daß eine Sonderregelung erforderlich ist. Wie die AB selbst abzugrenzen ist, einerseits gegenüber der „Arbeit", andererseits gegenüber der „Ruhe", welches und ob überhaupt ein irgendwie geartetes körperliches oder geistiges Tätigsein noch unter die AB fällt oder diese schon ausschließt, welche Dienstpflichten sich demnach für den Bereit-

[14] s. S. 6, Note 10 und 11.
[15] s. Regierungsbegründung.

schaftsarbeiter ergeben, über all diese Fragen konnte man sich nicht einigen. Das hatte zur Folge, daß auch der Gesetzgeber eine eigene Stellungnahme vermied, in dem Bestreben, eine Regelung zu treffen, die den wirtschaftlichen Verhältnissen weitgehendst Rechnung trägt. Er hat sich in den Entwürfen und im geltenden Recht begnügt, eine Ausnahme vom Achtstundentag zu schaffen für solche Gewerbezweige und Arbeitnehmergruppen, bei denen „Arbeitsbereitschaft" vorliegt, ohne zu sagen, was er darunter verstehe. Damit nahm er naturgemäß die in der Praxis vorhandenen gegensätzlichen Auffassungen ins Gesetz mit auf. Denn es ist klar, daß alle die Unklarheiten und Gegensätze, die schon bei der Beratung im vorläufigen RWR zu keiner Einigung führen konnten, in verstärktem Maße bei der praktischen Anwendung des Gesetzes in dem großen Kreise der vom AZR Betroffenen in Erscheinung treten mußten. Es wurde in den Verhandlungen der gesetzesvorberatenden Körperschaften betont, eine einheitliche Auffassung lasse sich deshalb nicht erzielen, weil die Verhältnisse gerade hinsichtlich der Frage der AB in der Wirtschaft zu mannigfaltig seien, als daß man zu einer klaren Abgrenzung des Begriffes kommen könnte. Dieser Hinweis auf die Verschiedenheit der Formen, in denen die AB auftritt, ist richtig. Damit ist aber die Unmöglichkeit einer Begriffsbestimmung nicht bewiesen. Gerade die Mannigfaltigkeit der Formen der AB weist den Weg, auf dem allein ein praktisch brauchbarer und juristisch verwendbarer Begriff gefunden werden kann. So grundsätzlich verschieden sind, wie unten gezeigt wird, die auftretenden Arten der AB nicht, daß man an ihnen nicht wesentliche Merkmale beobachten könnte, die allen gemeinsam sind. Hierin liegt der Schlüssel der begrifflichen Erklärung, die eine einwandfreie Anwendung des geltenden Rechts überhaupt erst möglich macht.

Aber auch mit Rücksicht auf das kommende Recht ist eine allgemein gültige und den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragende Begriffsbestimmung notwendig. Denn die Aufzählung bestimmter Arbeitnehmerkategorien im ASchGE, deren Dienstleistung nach allgemeiner Auffsasung in AB besteht, bedeutet nur einen scheinbaren Fortschritt und eine scheinbare Ueberwindung der Schwierigkeiten, die sich bei Anwendung des geltenden Rechts ergeben. Denn aus der auch in der Regierungsbegründung zum ASchGE hervorgehobenen Verschiedenartigkeit der Arbeitsbereitschaftsverhältnisse erhellt deutlich, daß eine restlose Aufzählung aller der Arbeitnehmer, die AB leisten, praktisch unmöglich ist. Eine solche gesetzliche Regelung kann folglich ihren Zweck nur unvollkommen erreichen. Allein aus diesem Grunde schon ist die Regelung der AB de lege ferenda in der ersten Beratung durch den sozialpolitischen Ausschuß des vorläufigen RWR stark umkämpft worden. Es ist die ungeänderte Uebernahme der Vorschrift der AZV (§ 2) beantragt worden. Dazu kommt noch, daß der ASchGE die AB ausschließlich nur für sog. unproduktive

Arbeiten anerkennt. Auch diese Beschränkung wurde heftig angegriffen. Ob mit oder ohne Berechtigung, wird im folgenden Paragraphen behandelt[16].

Eine Reihe von Fragen und Lösungsgrundlagen für eine Begriffsbestimmung wie für die rechtliche Regelung der AB in der AZV aufzuzeigen, war der Zweck dieser äußerlichen Gegenüberstellung und dieser Hinweis auf die Verschiedenheiten der überholten, bestehenden und vorgesehenen gesetzlichen Vorschriften über die AB.

§ 3.

Der Begriff „Arbeitsbereitschaft".

1. Neben die beiden gegensätzlichen Begriffe „Arbeitstätigkeit" und „Arbeitsruhe" ist im neuen AZR der Begriff „Arbeitsbereitschaft" getreten. Im Gebiet der Nationalökonomie, soweit sie sich mit der Lehre von der Arbeit als wesentlichstem Produktionsfaktor beschäftigt, ist der „Begriff" so alt als der der „Arbeit". Denn rein ökonomisch betrachtet fällt die AB unter die wirtschaftliche Arbeitstätigkeit im weitesten Sinn. Sie ist wie die Arbeit im engeren Sinn, d. h. die dauernde effektive Tätigkeit, bei der Herbeiführung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges beteiligt, somit wirtschaftliche Arbeit schlechthin. Grundsätzlich kennt die Volkswirtschaftslehre deshalb keine verschiedene Bedeutung und Bewertung für die Arbeit i. e. S. und die AB. Sie hat deshalb auch keinen Anlaß gehabt, auf die Frage der AB als solche näher einzugehen[17]. Nur ganz selten findet sich im volkswirtschaftlichen Schrifttum dieser Ausdruck. Wo er auftritt, wird er nicht begriffsmäßig untersucht – wozu ja keine Veranlassung besteht – sondern es wird lediglich auf den verschiedenen Grad des Kräfteaufwands bei Arbeitern, die schwerste Arbeit, und solchen, die Bereitschaftsarbeit leisten, hingewiesen[18]. Erst als daran anknüpfend die AZ-Gesetzgebung die AB gegenüber der Arbeit i. e. S. insofern unterbewertete, als sie für erstere eine höhere Arbeitszeit für notwendig erachtete und für zulässig erklärte, ergab sich das Bedürfnis einer eindeutigen Begriffsbestimmung, um den Bereich der Anwendungsmöglichkeit der die AB regelnden Gesetzesnorm festzulegen.

2. Versuche einer theoretisch-begrifflichen Bestimmung, die allerdings in der Mehrzahl der Fälle auf eine bloße Umschreibung hinausliefen, sind vielfach gemacht worden. Die dabei über das Wesen der AB zutage getretenen Auffassungen sind durchaus uneinheitlich. Im großen und ganzen lassen sich jedoch drei Gruppen unterscheiden, die mit Rücksicht auf ihre grundsätzliche Einstellung zum Problem zusammengefaßt dargestellt werden können, wenn auch die Auffassungen innerhalb der einzelnen Gruppen in

[16] s. S. 21.
[17] vgl. dazu Loewenthal.
[18] vgl. z. B. Harms, Art. „Arbeit" im Handw. B. der Staatswissenschaften, 4. Aufl.

verschiedenen Punkten noch voneinander abweichen. Eine besondere Behandlung einzelner Begriffsbestimmungen findet deshalb nur insoweit statt, als es deren besondere Eigenart unbedingt erfordert.

Der grundsätzliche Unterschied der drei Auffassungen liegt darin, daß die erste in der AB einen Ruhezustand, die zweite einen Tätigkeitszustand bestimmter Art, die dritte einen Zwischenzustand zwischen Ruhe und Tätigkeit erblickt.

a) Syrup, Löwenthal, Molitor, Abel und Sinzheimer (Gutachten und Grundzüge) in der Literatur, das Gew.Ger. Wetzlar (Urteil vom 19. XII. 1924), das Berg-Gew.Ger. Dortmund (Urteil vom 7. IV. 1925) und der Schiedsspruch einer Tarifschiedsstelle (abgedr. in SchlW 1924 Nr. 6 S. 95) in der Judikatur sind unter die erste Gruppe zu zählen. Sie begründen ihre Auffassung, AB sei ein Ruhezustand körperlicher, geistiger und seelischer Art (siehe besonders Loewenthal, Abel und Sinzheimer) damit, daß der Begriff „Arbeitsbereitschaft" in direktem Gegensatz zum Begriff „Arbeit" stehe. Da Arbeit Tätigkeit sei, müsse AB Untätigkeit sein. Für diese Behauptung fehlt jeder Beweis. Es steht keineswegs fest, daß die AB der gegensätzliche Begriff zur Arbeit ist. Nationalökonomisch gedacht fällt sie, was schon betont wurde, vielmehr unter die „Arbeit". Bei dem weiten Umfang des volkswirtschaftlichen Begriffs ist damit allerdings noch nicht bewiesen, daß sie unbedingt in einer Tätigkeit bestehen müsse. Es ist denkbar, daß die Bereitschaft zu einer Arbeit im Einzelfall auch in einem Untätigkeitszustand, einem tatsächlichen Ruhezustand, besteht. Das entspricht aber nicht der Regel. Denn jede Bereitschaft setzt im allgemeinen eine gewisse Aufmerksamkeit, ein bestimmtes, je nach dem konkreten Fall mehr oder weniger starkes Maß geistiger oder seelischer Anspannung voraus. Ein derartiger Zustand kann aber nicht als Ruhe bezeichnet werden. Da allein die „Ruhe" begrifflich den Gegensatz zur „Arbeit" darstellt, kann demnach nicht auch die „Arbeitsbereitschaft" der „Arbeit" als Gegensatz gegenübergestellt werden.

Wenn Loewenthal und Molitor a. a. O. ausführen, daß auch ein psychisches Verhalten als Tätigkeit angesehen werden muß, nicht nur ein rein körperliches und geistiges, so ist dem uneingeschränkt zuzustimmen. Verfehlt ist es aber, wenn sie daraus folgern, daß deshalb auch schon jedes psychische Verhalten – als Tätigkeit – die AB ausschließe. Psychologische Momente spielen nicht nur bei der Arbeitstätigkeit, sondern auch im wachen Ruhezustand (AB im Sinne Loewenthals und Molitor) eine Rolle. Eine AB, die in einem körperlichen und geistigen und vor allem seelischen Ruhezustand besteht, gibt es nicht. Auch der arbeitsbereite Arbeitnehmer im Sinne Loewenthals ist psychisch nicht frei von dem Bewußtsein, jederzeit in Aktion treten zu müssen. Dieses Bewußtsein, jeden Augenblick auf Anruf eine Arbeit aufnehmen zu müssen – hierin liegt die praktische Anwendung der

theoretischen Untersuchung Loewenthals – läßt den Arbeiter, auch wenn er körperlich und geistig vollständig in Ruhe ist, doch seelisch nicht zur Ruhe kommen. Allein die Tatsache, dienstverpflichtet zu sein, wenn der Dienst auch in „Ruhe" besteht, bedeutet eine psychische Beanspruchung. Psychisches Verhalten ist aber, auch nach Loewenthal, Tätigkeit. Tätigkeit wiederum schließt nach Loewenthal AB aus. Sein Begriff ist demnach tatsächlich gar nicht die AB, die er sich vorstellt, kann es nicht sein, da ein untätiger, ruhender Zustand in seinem Sinne beim dienstverpflichteten Arbeitnehmer (AN) unmöglich ist. Für eine Begriffsbestimmung der AB ist demnach die Verwendung psychologischer Momente ohne Nutzen.

Eine entscheidende Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob beim einzelnen AN Arbeit oder AB vorliegt, legt Sinzheimer[19] der Verantwortung bei. Sie ist für ihn ein Indiz für die Tätigkeit. Der verantwortliche Arbeiter könne nie arbeitsbereit sein. „Nebenarbeiten", die auch, wie jede Tätigkeit, Verantwortung erheischen, sollen nach einer späteren Auffassung Sinzheimers[20] jedoch die AB nicht ausschließen. Er macht diese Konzession offenbar, um tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Im übrigen ist gegen die Auffassung Sinzheimers folgendes einzuwenden: Verantwortung ist kein „äußeres Verhalten", sondern ein „innerer Vorgang" (Kaskel, Gutachten), ein „moralisch-psychischer Zustand", wie Sinzheimer selbst mit Recht sagt. Als solcher kann sie weder Gegenstand des Arbeitsvertrages sein, noch inhaltlich durch den Arbeitsvertrag erst begründet werden. Sie liegt vielmehr allein in der sittlichen Auffassung des AN begründet und äußert sich als Verantwortungsbewußtsein, als ein Sichverantwortlichfühlen. Mit der besonderen Art der Dienstleistung (Arbeit oder AB) steht sie an sich in keinem inneren Zusammenhang. Sie kann fehlen und kann vorhanden sein, ohne daß dies irgendeinen Einfluß auf die Arbeitsleistung des AN zu haben braucht. Nicht für die Betätigung seiner Verantwortung wird der Arbeitnehmer bezahlt, wie Sinzheimer meint, sondern für die Betätigung seiner Arbeitskraft, die zur vertragsgemäßen Erfüllung seiner Dienstpflichten auch dann führen kann, wenn ihm ein (inneres) Verantwortungsbewußtsein fehlt. Daß es im Regelfall vorhanden ist, wird damit nicht bestritten, jedoch nicht als Vertragspflicht, sondern als Ausfluß der „durch den Arbeitsvertrag im einzelnen äußerlich begründeten Pflichten" (Kaskel, Gutachten). Wenn sich der einzelne AN verantwortlich fühlt, so ist das während seiner Dienstleistung immer der Fall, gleichgültig ob er sich im Zustand der Tätigkeit oder Untätigkeit (AB im Sinne Sinzheimers) befindet. Das erkennt auch Sinzheimer an. Er macht aber eine Unterscheidung zwischen der Verantwortlichkeit während der bloßen AB und der Verantwortlichkeit während der

[19] Gutachten.
[20] Sinzheimer S. 115 ff.

Arbeitstätigkeit. Dort sei sie beschränkt auf eine nur „innere" Verantwortung, auf eine Verantwortung „für sich, für die Bereitschaft zum Eingreifen", hier sei sie eine „äußere" Verantwortung, eine Verantwortung „für etwas außerhalb der Person Liegendes" (die Maschine). Diese Unterscheidung ist um so auffälliger, als Sinzheimer die Verantwortung selbst als einen moralisch-psychischen Zustand bezeichnet. Er übersieht, daß sie sich immer in Form eines inneren Vorgangs, eines Verantwortungsgefühls äußert. Einen Unterschied zwischen „innerer" und „äußerer" Verantwortung gibt es nicht. Die Verschiedenheit, auf die Sinzheimer hinweist, liegt lediglich darin begründet, daß die äußere Erscheinungsform und der Umfang der auf derselben Grundlage – der moralischen Auffassung des AN – beruhenden Verantwortung jeweils von der Art der zugrundeliegenden einzelnen Dienstpflicht abhängig ist. Da somit der tätige wie der untätige (arbeitsbereite) AN in gleichem Sinne verantwortlich sind, kann die Verantwortung kein Indiz für das Nichtvorliegen von AB bilden. Auf diesem Standpunkt stehen auch Schellewald[21], Landmann-Rohmer[22], Mansfeld[23] und insbesondere Kaskel[24], letzterer mit der Begründung, daß sich „die Uebernahme der Verantwortung als innerer Vorgang arbeitsrechtlich in die bestimmten, dem AN nach dem Arbeitsvertrag obliegenden äußerlichen Verpflichtungen auswirkt". Ob diese Verpflichtungen in Arbeitstätigkeit oder AB bestehen, könne aber nicht von der Verantwortung abhängig sein.

Im Verlauf vorstehender Ausführungen wurde schon darauf hingewiesen, daß sich eine Auffassung, unter AB sei ein Ruhezustand zu verstehen, schon rein sprachlich nicht halten läßt, da der Begriff Bereitschaft nicht dem Begriff der Ruhe gleichgestellt werden kann. Ganz abwegig ist es zudem, diese Meinung damit begründen zu wollen, daß AB in direktem Gegensatz zu Arbeit stehe. Aber auch Zweck, Sinn und Entstehungsgeschichte des § 2 AZV stehen einer solchen Auffassung entgegen. Mit der Einfügung einer Sonderregelung für die AB in das AZR sollte der durch die Einführung des gesetzlichen Achtstundentags hervorgerufene, von allen Seiten als unhaltbar und unberechtigt erkannte Zustand beseitigt werden, daß der Bereitschaftsarbeiter, dessen Tätigkeit verhältnismäßig geringe Anforderungen an die Arbeitskraft stellt, hinsichtlich seiner Arbeitszeit demjenigen Arbeiter gleichgestellt wird, der ununterbrochen acht Stunden schwere Arbeit leistet. Dies ergibt sich deutlich aus den Beratungen über die Arbeitszeitgesetzentwürfe für Arbeiter und Angestellte, die zum ersten Male eine Regelung der AB vorsahen, und wird ausdrücklich in der Begründung zur AZV betont. Wenn man sich auch in den damaligen Beratungen über den Begriff AB nicht einigen konnte, so

[21] a. a. O.
[22] Anm. 1 zu § 2.
[23] a. a. O.
[24] Gutachten.

machte sich doch auf keiner Seite ein Standpunkt geltend, daß AB grundsätzlich nur als Ruhezustand denkbar sei. Dies hätte der Auffassung, mit der man, wenn auch ohne sichere Abgrenzung, in der Wirtschaftspraxis die AB betrachtete, widersprochen. Ebensowenig denken das Washingtoner Uebereinkommen und die Londoner Konferenz[25], die zum ersten Male der AB Erwähnung tun, an eine derartig enge Auslegung des Begriffs. Die AZV wollte die in der modernen Arbeitsorganisation in den verschiedensten Formen auftretenden Fälle von AB nicht einschränken, sondern alle ihrer Sondervorschrift zugänglich machen. Die Zahl der Fälle, in denen sich ein dienstverpflichteter AN längere Zeit in verantwortungsfreier Untätigkeit befindet, ist äußerst gering. Allein für diese eine Sonderregelung zu treffen, lag nicht im Sinne des Gesetzgebers. Auch wäre, hätte man nur diese Fälle als AB angesehen, der Mangel einer allgemeinen Sonderregelung nicht fühlbar geworden. Diese Erwägung findet noch darin eine Stütze, daß, worauf das Urteil des LG Dortmund vom 25. III. 1926 hinweist, nach Art. III ArbAZAo das gesamte Verkehrsgewerbe einer Sonderregelung unterstellt ist, wodurch der Anwendungsbereich des § 2 AZV gerade in zahlreichen und volkswirtschaftlich wichtigen Betrieben eingeschränkt ist. Daß auch den Kreisen der am Arbeitsverhältnis Beteiligten die Vorstellung einer Beschränkung des Begriffs auf verantwortungsfreie Untätigkeit fremd ist, beweisen zahlreiche Tarifverträge, die die Bestimmung enthalten, daß AB in Pausen zugelassen sei. Die Pause ist ein Ruhezustand; soll diese Bestimmung demnach Sinn haben, muß die AB mehr wie ein Ruhezustand sein.

Alle diese Gründe weisen im Zusammenhang mit dem Wortsinn „Arbeitsbereitschaft" darauf hin, daß eine grundsätzliche begriffliche Gleichsetzung der AB mit einem Ruhezustand (Untätigkeit) abzulehnen ist.

b) In einer zweiten Gruppe wurden diejenigen Auffassungen zusammengefaßt, die die Arbeitsbereitschaft grundsätzlich als Tätigkeitszustand betrachten. Sie finden sich vertreten in den Entwürfen zu Gesetzen über die Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter und Angestellter und in dem ASchGE, im Schrifttum bei von Ende[26], Wölbling-Riese[27], Neitzel[28], Landmann-Rohmer[29], Erdmann[30], Klehmet[31], Schulz-Schaeffer[32] und Oertmann[33], in der Rechtsprechung vom Gew.Ger. Gelsenkirchen (Urteil vom 17. XII. 1925), LG Kottbus (Urteil vom 25. VI. 1926), LG Duisburg

[25] s. 37. Sonderheft zum RABl, Anlagen S. 4 und S. 9.
[26] a. a. O.
[27] a. a. O.
[28] „Die Arbeitszeit der gewerblichen Arbeiter und Angestellten."
[29] a. a. O.
[30] a. a. O.
[31] „Arbeitszeitrecht" und „Arbeitsbereitschaft".
[32] a. a. O.
[33] Gutachten.

(Urteil vom 12. XI. 1926) und Schlichtungs-Ausschuß München (Schiedsspruch[34]) Begründet wird dieser Standpunkt im einzelnen aus dem natürlichen Wortsinn (s. darüber S. 10 ff. dieser Arbeit) und der Auffassung des Gesetzgebers über den Begriff. Mit der AB sei grundsätzlich eine Tätigkeit im weitesten Sinn verbunden, zum mindesten könne darunter kein Zustand verstanden werden, der seinem Wesen nach in einer natürlichen Ruhepause bestehe, wenn auch im Einzelfall manchmal ein Bereitsein in dieser Form in Erscheinung treten könne. Auch der Gesetzgeber bezeichne die AB nicht einfach als Nichtarbeit[35]; er unterbewerte sie nur gegenüber der „Vollarbeit", indem er mit Rücksicht auf die geringeren Anforderungen, die sie an die AN stellt, bei ihrem Vorliegen eine mehr als achtstündige Arbeitszeit für zulässig erkläre[36]. Im Gegensatz zur ersten Gruppe stellen die Vertreter dieser Auffassung die AB also nicht der Arbeit, sondern der Pause als Gegensatz gegenüber[37]. Deshalb müsse sie mehr als ein bloßer Ruhezustand sein. Eine AB, die in bloßer Untätigkeit besteht, gäbe es im Bereich der Arbeitsverträge nicht. Sie habe nur Sinn, wenn während ihrer Dauer gelegentlich mit zugegriffen werden müsse[38]. Praktisch liegt sie somit dann vor, „wenn der Produktionsprozeß nur eine zeitweise aktive Tätigkeit des Arbeiters, hingegen eine dauernde Ueberwachung und Bereitschaft zum Eingreifen in den normal oder nicht normal, im übrigen aber selbständig verlaufenden Arbeitsprozeß verlangt[39].

Im einzelnen ist hier nur noch einzugehen auf den ASchGE. Die Bestimmungen, die dieser über die AB getroffen hat, sind verschieden beurteilt worden. Sie wurden sogar als Bestätigung für die Richtigkeit der Auffassung angesehen, die in der AB-Zeit eine Ruhezeit erblickt[40]. Der § 13 ASchGE bestimmt in seinem Abs. 1, daß gewisse AN-Gruppen, die eine Hilfstätigkeit im Betriebe ausüben, als Bereitschaftsarbeiter anzusehen sind. Er bestimmt ferner, daß die Beobachtungstätigkeit an nicht der Gütererzeugung dienenden Maschinen und technischen Anlagen, soweit sie nicht eine dauernde angestrengte Aufmerksamkeit verlangt, als AB zu werten sei. Daraus geht deutlich hervor, daß nach dem Entwurf eine Tätigkeit die AB grundsätzlich nicht ausschließt. Wenn demgegenüber die Regierungsbegründung (S. 75) sagt, daß bei diesen AN-Gruppen die Arbeit regelmäßig durch Zeiten unterbrochen wird, in denen sich der AN lediglich zur Arbeit bereit hält (im Sinne eines Ruhezustandes), so ändert das nichts an der Tatsache, daß nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Arbeitszeit für Hilfsarbeiter und Maschinenarbeiter im Sinne des § 13 über acht

[34] veröffentlicht in ZfAR 1928, Heft 3, Sp. 150 ff.
[35] Schulz-Schaeffer.
[36] Klehmet, AB.
[37] s. bes. Erdmann, Anm. 1 zu § 2 und Oertmann, Gutachten.
[38] Oertmann, Gutachten.
[39] Erdmann, Anm. 1 zu § 2.
[40] Loewenthal S. 197.

Stunden täglich hinaus verlängert werden kann, gleichgültig, ob tatsächlich eine Unterbrechung ihrer Arbeit eintritt oder nicht. Ihre T ä t i g k e i t wird immer als AB bewertet.

Die Auffassung, daß die AB kein Ruhezustand, sondern ein Tätigkeitszustand ist, muß deshalb ohne Einschränkung anerkannt werden, weil dafür die schon an früherer Stelle (S. 12 ff.) angeführten sprachlichen, logischen und historischen Gründe sprechen. Fast alle begrifflichen Bestimmungen und Umschreibungen der Vertreter dieser Gruppe entbehren jedoch einer klaren Abgrenzung der A r b e i t s tätigkeit von der B e r e i t s c h a f t s tätigkeit. Dieser Mangel ist darin zu suchen, daß die m. E. wichtigste Frage gänzlich unbeachtet bleibt, nämlich die Frage nach dem hauptsächlichsten Zweck und dem möglichen Inhalt einer Bereitschaft zur Arbeit. Erst wenn diese beantwortet ist, kann ein Begriff formuliert werden.

c) Die dritte Gruppe sieht in der AB einen Zwischenzustand zwischen Arbeitstätigkeit und Arbeitsruhe. Begrifflich sei dieser Zwischenzustand körperliche und geistige Präsenz[41]. Denn im Gegensatz zur Ruhe erfordere die AB ein positives körperliches und geistiges Verhalten auf Grund der Dienstpflicht, im Gegensatz zur Arbeit ein solches positives Verhalten, das nicht wie diese in einer Tätigkeit im Sinn einer Aktivität der Bewegung oder einer Anspannung geistiger Kräfte bestehe. Körperliche Präsenz ist physische Anwesenheit, geistige Präsenz – gegenüber der geistigen Arbeit, die eine Anspannung der Nerven und Denkfunktionen erfordere – ein Zustand innerer und äußerer Entspannung, der eine gewisse Achtsamkeit und Wachsamkeit in sich schließe. Diese Definition Kaskels, die die Frage, ob AB vorliegt oder nicht, somit danach entscheidet, ob eine Tätigkeit im Zustand der Entspannung oder Anspannung vorgenommen wird, ist nicht mit Unrecht angegriffen worden[42]. Es erscheint sehr fraglich, ob es zweckmäßig ist, darauf einen Begriff aufzubauen, nicht nur, weil Anspannung und Entspannung sich nur graduell unterscheiden, sondern vor allem, weil sie keine objektiven Merkmale bilden. Was dem einen nur mit angespannten Geisteskräften zu leisten möglich ist, tut der andere im Zustand einer geistigen Entspannung. Ob AB vorliegt oder nicht, muß aber nicht subjektiv, sondern objektiv feststellbar sein.

Die Hauptvertreter dieser Gruppe sind Potthoff und Kaskel. Letzterem haben sich angeschlossen Mansfeld[43], Dehms[44], Rohde[45], das LG Dortmund (Urteile vom 4. II. und 25. III. 1926) und das LAG Essen (Urteil vom 19. X. 27). Zur Begründung dieser Auffassung wird außer dem Wortsinn besonders die Tatsache der ver-

[41] Kaskel, Gutachten; Potthoff S. 41.
[42] Loewenthal S. 195.
[43] a. a. O.
[44] a. a. O.
[45] a. a. O.

schiedenen gesetzlichen Regelungen, die für Arbeitstätigkeit, Arbeitsruhe und Arbeitsbereitschaft getroffen sind, verwendet (so Kaskel). Aus der Verschiedenheit ergebe sich, daß die AB weder Arbeitstätigkeit noch Arbeitsruhe sein könne, sondern als Zwischengebilde zwischen beiden stehen müsse. Diese Folgerung ist nicht richtig. Ein bloß äußerliches Nebeneinanderstellen der drei Begriffe scheint dieser Auffassung recht zu geben. Jedoch schon aus dem Wortsinn ergibt sich nicht zwingend, was schon betont wurde, daß die AB kein Tätigkeitszustand ist, sondern nur das eine, daß sie ihrem Wesen nach kein verantwortungsfreier Ruhezustand ist. Noch viel weniger kann aus der Verschiedenartigkeit der gesetzlichen Regelungen der Schluß gezogen werden, AB sei ein Zwischenzustand im angeführten Sinne. Für die Arbeit hat das Gesetz eine bestimmte Beschäftigungshöchstgrenze festgesetzt; bei vorliegender AB ist eine Ueberschreitung dieser Höchstgrenze, die aber grundsätzlich auch für die AB gilt, wenn von der Ueberschreitungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wird, zugelassen; für die gesetzlichen Pausen ist eine bestimmte Mindestdauer vorgesehen. Nur von letzterer unterscheidet sich somit die AB in dieser Hinsicht, mit der Arbeit wird sie grundsätzlich gleich behandelt. Es entbehrt demnach jeder Grundlage, sie begrifflich zwischen Arbeit und Ruhe zu stellen. Aus diesen Gründen ist die Formulierung „Zwischenzustand" als unbefriedigend abzulehnen. Sachlich ist die Auffassung der dritten Gruppe insofern anzuerkennen, als sie in der AB keinen verantwortungsfreien Ruhezustand erblickt. Insoweit stimmt sie im Ergebnis mit der Auffassung der zweiten Gruppe überein. Im wesentlichen unterscheiden sich Gruppe zwei und drei nur durch eine verschiedene Auslegung des Begriffs „Tätigkeit".

3. a) Bevor im folgenden der Versuch einer eigenen Begriffsbestimmung unternommen wird, bedarf es einer Begründung über die Art des Weges, der dabei eingeschlagen wird. Sinzheimer (Grundzüge) und Oertmann (Gutachten) haben bereits auf die Tatsache hingewiesen, daß sich die AB jeweils auf die sich zeitlich an sie anschließende Arbeit beziehe. Das ist ganz natürlich. Ein Bereithalten ist nur denkbar in Beziehung auf ein in der Zukunft mit Gewißheit oder Ungewißheit eintretendes Ereignis. Daraus aber haben weder Sinzheimer, noch auch mit aller Deutlichkeit Oertmann die logischen Folgerungen gezogen. Jener begründet damit die Zulässigkeit von Nebenarbeiten während der AB[46], dieser weist auf den dadurch bedingten vorbereitenden Charakter der AB hin (Gutachten). Denn bei konsequenter Durchführung dieses Gedankenganges ergibt sich folgendes: die Abhängigkeit der AB von der nachfolgenden Arbeit bestimmt notwendig die im Einzelfall in Erscheinung tretende Art der AB. M. a. W.: Der Inhalt der im konkreten Fall zu leistenden AB richtet sich nach der Art der ihr nachfolgenden Arbeit. Daraus folgt, daß die AB von vornherein nicht

[46] Sinzheimer S. 115.

durch die Begriffe „Tätigkeit“ und „Untätigkeit“ zu bestimmen ist – hierauf stellt Loewenthal ab – sondern daß, was schon angedeutet wurde, der Kern des Problems in der „Bereitschaft“ liegt. Es kann aber nicht genügen, den Begriff so allgemein zu fassen, daß die AB als ein durch die in der Folge zu leistende Arbeit bestimmtes Verhalten betrachtet werden kann. Denn damit wäre nur ihr Wesen charakterisiert, aber nichts über Inhalt und Zweck der Bereitschaftstätigkeit gesagt. Die Frage nach dem Begriff der AB fällt somit zusammen mit der Frage nach den möglichen und hauptsächlichen Erscheinungsformen einer Bereitschaftsarbeit.

Diese Erscheinungsformen theoretisch zu bestimmen, ist unmöglich. Ebenso wie sich die verschiedenen Arten der Arbeit im engeren Sinn nur an Hand tatsächlicher Gegebenheiten nachweisen lassen, können auch die verschiedenen möglichen Arten der Bereitschaftsarbeit nur an praktischen Fällen untersucht werden. Aus dieser Erkenntnis heraus wird im folgenden der gegenüber den behandelten Begriffsbestimmungen umgekehrte Weg eingeschlagen: die Ergebnisse der Untersuchungen an praktisch-konkreten Einzelfällen werden zur Bildung einer theoretisch-abstrakten Definition verwendet. Ein solches Vorgehen läßt keineswegs die Befürchtung zu, daß der so gefundene Begriff im Widerspruch zum Sinne des Gesetzes steht. Denn die Fassung des § 2 AZV ist gerade deshalb so allgemein gehalten, daß bei der Verschiedenartigkeit der in den einzelnen Gewerbezweigen und Berufen auftretenden AB alle Fälle erfaßt werden können.

b) Für die nachfolgende Untersuchung wurden deshalb aus der großen Zahl von Bereitschaftsarbeitern diejenigen ausgewählt, die in Theorie und Praxis allseits als typische Beispiele anerkannt sind. Es sind dies: Schrankenwärter, Feuerwache, Pförtner, Kraftwagenführer, Maschinenwärter und Schaltanlagenführer. Ihre Tätigkeit während der Arbeitszeit wird kurz dargestellt, und zwar insoweit, als sich aus ihr ein typisches und brauchbares Merkmal für die Art ihrer Bereitschaftsarbeit ergibt.

Dem Schrankenwärter auf der Strecke obliegt als Hauptarbeit, seine Schranken zu schließen, sobald ein Zug in Sicht kommt, zu öffnen, sobald er den von ihm zu betreuenden Streckenabschnitt verlassen hat. Während der übrigen Zeit hat er – sofern er nicht außerdem als Streckenwärter mit anderen Arbeiten beschäftigt ist – auf allenfallsige telephonische Meldungen und auf die fälligen Züge zu warten.

Die Feuerwache in einer Fabrik tritt nur in Aktion, wenn ein Feueralarm ertönt; während der übrigen Zeit ist sie in aller Regel in Bereitschaft, d. h. sie hat auf das Ertönen des Alarmsignals zu achten.

Beide Beispiele ergeben: die Bereitschaft besteht in einem a b w a r t e n d e n Verhalten. Im ersten Fall wird es unterbrochen, wenn die Fälligkeitszeit des Zuges gekommen ist, auf die der Schrankenwärter selbst zu achten hat; im zweiten Fall, wenn ein entsprechender Alarm ertönt, der die Wache zur Tätigkeit ruft.

Die Tätigkeit des Pförtners während der Arbeitszeit besteht u. a. in der Beaufsichtigung des Tores und dessen nächster Umgebung. In Hauptarbeit ist er, wenn er das Tor öffnen und schließen muß.

Der Kraftwagenführer ist, wenn er keine Fahrgäste zu befördern hat, in AB. Während dieser Zeit hat er sein Auto zu beaufsichtigen.

In beiden Beispielen liegt eine Bereitschaftstätigkeit vor, die in einem beaufsichtigenden Verhalten besteht.

Der Pförtner liefert ein weiteres Beispiel. Neben der Beaufsichtigung des Tores obliegt ihm gleichzeitig die Beobachtung der ein- und ausgehenden Personen. Er hat Unberufene vom Eintritt abzuhalten oder werksfremde Personen nach ihrem Begehr zu fragen, ihnen Auskunft zu geben, sie zu melden. Insoweit ist er in Arbeitstätigkeit, solange er beobachtet, in Bereitschaftstätigkeit.

Der Maschinenwärter an seiner selbsttätig arbeitenden Maschine hat gleichfalls verschiedene Beobachtungspflichten. Er hat aufzumerken, ob die Maschine ordnungsgemäß läuft und intakt ist. Im Verfolg dieser Beobachtungstätigkeit hat er die entsprechenden Abhilfemaßnahmen zu treffen, die gewöhnlich in kurzen regulierenden Handgriffen, in Oelung, Schmierung usw. bestehen. In aktueller Arbeit steht er im wesentlichen nur, wenn er seine Maschine in und außer Tätigkeit setzt. Die Bereitschaftstätigkeit dient hier weniger der Vorbereitung auf eine nachfolgende Arbeit, als vielmehr der Vorbeugung einer Unterbrechung des normalen Arbeitsprozesses.

In beiden Fällen haben wir es mit einem beobachtenden Verhalten zu tun, das beim Pförtner leichterer, beim Maschinenwärter schwererer Art sein mag, bei beiden aber in einer Bereitschaftstätigkeit besteht. Der Unterschied in der Intensität kann praktisch nur durch eine entsprechende Bemessung der Beschäftigungsdauer berücksichtigt werden. Mit der Tatsache, daß beider Beobachtungspflichten ihrem Wesen nach als Bereitschaftsarbeiten zu werten sind, hat er nichts zu tun. Man kann nicht, ohne eine Begriffsunklarheit herbeizuführen, nur die Beobachtungspflicht des einen, weil sie leichterer Natur ist, als AB bezeichnen, die des anderen nicht, nur deshalb, weil sie intensiver ist.

Neben den Beobachtungspflichten kann der Maschinenwärter auch noch verschiedene Kontrollpflichten haben, die unmittelbar damit verbunden sind. Er hat von Zeit zu Zeit die verschiedenen Meßinstrumente an seiner Maschine nachzusehen. Dabei genügt meistens ein Blick, der ihm zeigt, ob alles in Ordnung ist oder nicht. Etwaige, durch kurze Handgriffe ausgeführte Regulierungstätigkeiten hat er auch im Verfolg dieser Kontrolle vorzunehmen, ohne daß dadurch der Charakter seiner Tätigkeit als Bereitschaftsarbeit ausgeschlossen wird.

Einen besonders typischen Fall verschiedenartiger Formen von AB bietet der Schaltanlagenführer in Ueberlandzentralen. Sein

Dienst während der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit besteht darin, daß er sich im Schalthause aufzuhalten hat. Während dieser Zeit hat er ab und zu Telephongespräche zu vermitteln und die ihm aufgetragenen Schaltungen auszuführen, wozu wenige Handgriffe genügen. In beschränktem Umfang hat er auch die elektrischen Meßapparate zu beobachten und zu kontrollieren. Neben dieser abwartenden, beaufsichtigenden, beobachtenden und kontrollierenden Tätigkeit liegt bei dem Schaltanlagenführer noch eine ganz besondere „Dienstverpflichtung" vor, die in der Praxis gelegentlich auch als AB bezeichnet wird. Er steht nämlich auch noch außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit, d. h. während seiner Freizeit, in beschränktem Umfang dem AG zur Verfügung, indem er für die Behebung dringender Notfälle, wie z. B. von Störungen im Netz, jederzeit „bereit" sein muß. Während dieser Zeit ist er nicht unmittelbar an seine Arbeitsstelle gebunden, wohl aber an seine in nächster Nähe des Arbeitsplatzes befindliche Werkswohnung und deren nächste Umgebung. Im übrigen kann er über seine Zeit vollkommen frei verfügen. Er steht nicht im Dienst, muß aber in solchen Notfällen zur Verfügung sein. Diese „Bereitschaft", die keine Dienstbereitschaft im eigentlichen Sinne ist, kann man als „Erreichbarkeit" bezeichnen. Sie scheint auf den ersten Blick eine besondere Art von AB zu sein, die Aehnlichkeit hat mit der abwartenden Bereitschaftstätigkeit der Fabrikfeuerwache, sich jedoch von dieser dadurch unterscheidet, daß sie einerseits außerhalb der Arbeitszeit vorliegt, andererseits den AN weder an den Betrieb bindet, noch ihn hindert, seine Zeit, wenn auch nicht ganz unbeschränkt, nach eigenem Belieben zu verwenden. M. E. ist diese „Erreichbarkeit" jedoch keine AB. Abgesehen von den eben genannten Unterscheidungsmerkmalen liegt sie nicht in Umständen begründet, die durch die nachfolgende Haupttätigkeit bedingt sind. Sie führt vielmehr zur Haupttätigkeit nur dann, wenn bestimmte Notfälle eintreten. Diese Notfälle sind durch § 10 AZV gedeckt, wonach alle Arbeitszeitbeschränkungen wegfallen, wenn vorübergehende Arbeiten zur Beseitigung von Notfällen geleistet werden müssen. Der Begriff des Notfalls hat durch die Anwendung des § 105 c Abs. 1 Ziff. 1 RGewO feste Gestalt gewonnen. Man versteht darunter widrige, unglückliche, unvorhergesehene Ereignisse, deren Beseitigung unverzüglich vorgenommen werden muß[47]. Diese Voraussetzungen sind bei Störungen in Stromversorgungsanlagen gegeben, die in der Regel durch höhere Gewalt (z. B. Gewitter) entstehen. Die Behebung solcher Notstandsfälle liegt nicht nur im Interesse des Betriebes – was nach dem Wortlaut des § 10 AZV an sich genügen würde – sondern vor allem im öffentlichen Interesse. Die Aufhebung aller zeitlichen Beschränkungen und Schutzbestimmungen der AZV für Notfälle gestattet eine Beschäftigung der AN in unbeschränktem Umfang. Also auch in der Freizeit, d. h. nach

[47] s. als höchstrichterliche Entscheidung das Urteil des Bayer. ObLG vom 26. VI. 1922, Slg. Str S. 22/86.

Beendigung und vor Beginn der regelmäßigen Arbeitszeit, kann der AN vom AG zu Notfallsarbeiten herangezogen werden. Das hat zur Folge, daß die „Erreichbarkeit" eine notwendige Voraussetzung für die Durchführung der gesetzlichen Bestimmung ist und deshalb keinen Verstoß gegen öffentlich-rechtliche AN-Schutzbestimmungen bedeuten kann. Dies umso weniger, als sie nicht in einer „Dienstleistung" besteht, sondern lediglich eine Aufenthaltsbeschränkung während der Freizeit enthält, die mit den sozialen, kulturellen und hygienischen Tendenzen des AN-Schutzes vereinbar ist. Aus der Tatsache, daß sie keine „Dienstleistung" ist, ergibt sich aber, daß sie keine AB sein kann. Denn von AB im Sinne des Gesetzes kann man nur sprechen, wenn ein Bereitsein vorliegt innerhalb der Zeit, in der der AN dem AG als Dienstverpflichteter zur Verfügung steht.

Die Zusammenfassung der Ergebnisse vorstehender Untersuchung ergibt, daß die AB immer in einem bestimmten, als Tätigkeit zu wertenden Verhalten besteht. In aller Regel ist, wie wir gesehen haben, dieses Verhalten abwartender, beaufsichtigender, beobachtender oder kontrollierender Natur. Mit Rücksicht auf ihre Beziehung zur nachfolgenden Hauptarbeit kann man die AB als vorbeugende oder vorbereitende Arbeitstätigkeit charakterisieren. Die verschiedenen Verhaltenszustände werden in ihrer Art bestimmt durch die Art der Haupttätigkeit; sie bestehen in einer Betätigung körperlicher oder geistiger Kräfte, die auf einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck gerichtet ist. Somit ist AB Arbeit im weitesten Sinn. Der Unterschied gegenüber der Arbeit im engeren Sinn (Haupttätigkeit) liegt lediglich in dem verschiedenen Maß des Kräfteaufwandes begründet. Dieses bedingt ein verschiedenes Maß des Reproduktionsbedürfnisses der Arbeitskraft und muß demnach maßgebend sein für die Bemessung der Arbeitszeit. Die Arbeit während der Haupttätigkeit ist intensiver Natur. Man kann sie deshalb zum Unterschied von der Bereitschaftsarbeit als „Vollarbeit" (nämlich die Arbeitskraft voll in Anspruch nehmende Arbeit) bezeichnen. Die Arbeit während der Bereitschaft ist im Gegensatz hierzu extensiv. Innerhalb dieser extensiven Bereitschaftsarbeit bestehen wiederum verschiedene Intensitätsgrade. Das abwartende Verhalten – der einzige und am seltensten vorkommende Fall einer AB, die in einem tatsächlichen Ruhezustand besteht – ist weniger intensiv als das beaufsichtigende Verhalten, das geistige Wachsamkeit erfordert. Dieses ist wieder weniger intensiv als beobachtendes Verhalten, das geistige Aufmerksamkeit, daneben auch körperliches Eingreifen verlangt. Die größte Intensität erheischt das kontrollierende Verhalten – das natürlich nur dann AB ist, wenn es nicht als selbständige Haupttätigkeit ausgeübt wird, z. B. die Kontrolle fertiger Erzeugnisse auf ihre Güte oder ausgehender Maschinen auf ihre Brauchbarkeit –, das Beaufsichtigung und Beobachtung normalerweise in sich schließt und in den meisten Fällen eine gewisse Regelmäßigkeit und ein größeres Maß von Aufmerksamkeit und Achtsamkeit erfordert.

Die angeführten Fälle haben als Regelfälle zu gelten. Beaufsichtigung, Beobachtung und Kontrolle liegen durchwegs immer bei AB vor. Ein Kriterium für Arbeiten, bei denen das ausnahmsweise nicht der Fall ist, bildet der schon angedeutete vorbeugende und vorbereitende Charakter der Tätigkeit in bezug auf eine Hauptarbeit und die extensive Art dieser Tätigkeit. Denn die AB ist keine selbständige Tätigkeit, sondern schon dem Wortsinn nach nur in Verbindung mit einer Vollarbeit denkbar.

Den dargelegten Standpunkt vertritt auch Kreller[48]. Er bezeichnet die AB als eine „ihrer Natur nach lang andauernde, aber wenig anstrengende (extensive) Tätigkeit, die den Teil der vom AN innerhalb seiner Dienststunden entfalteten Tätigkeit darstellt, der nicht eigentliche, anstrengende – also intensive – Arbeit ist".

c) Somit kann man den Begriff der AB folgendermaßen formulieren: Arbeitsbereitschaft ist diejenige wirtschaftliche Erscheinungsform der Arbeit, die ein extensiv-tätiges Verhalten des Arbeitnehmers darstellt, dessen Art bedingt ist durch die Art der nachfolgenden (intensiven) Vollarbeit, auf die sie sich bezieht. Sie trägt vorbeugenden und vorbereitenden Charakter und kann in Einzelfällen in Ruhe bestehen, umfaßt jedoch in der Regel Beaufsichtigungs-, Beobachtungs- oder Kontrolltätigkeiten („Ueberwachungstätigkeiten").

Faßt man die in der AZV geregelte AB, welcher Art sie auch sein mag, so auf, als Arbeit, als Arbeitsleistung, dann ist auch eine vollkommene Uebereinstimmung mit den volkswirtschaftlichen Anschauungen vorhanden, wie sie eingangs dieses Paragraphen dargestellt wurden. Dann besteht auch kein Gegensatz zu dem schon angedeuteten Grundsatz der AZV: AB ist Arbeit – nicht nur: gilt als Arbeit – für die prinzipiell der Achtstundentag hinsichtlich der Beschäftigungsdauer maßgebend ist, wenn von der Ausnahmemöglichkeit des § 2 AZV kein Gebrauch gemacht wird.

4. Von diesem Standpunkt aus ist zu zwei Fragen Stellung zu nehmen. Die erste lautet: ist eine Beschränkung der AB auf sog. unproduktive Arbeiten gerechtfertigt? Unter unproduktiven Arbeiten werden hier nur mittelbar an der Gütererzeugung beteiligte Arbeiten verstanden, also solche, die man im allgemeinen Sprachgebrauch als „Hilfstätigkeiten" zu bezeichnen pflegt. Eine solche Beschränkung schlägt Klehmet[49] und sieht der ASchGE grundsätzlich vor. Das entbehrt nach der hier vertretenen Auffassung über den Begriff AB jeder Berechtigung. Zeiten extensiver Tätigkeit können beim produktiven wie beim unproduktiven Arbeiter eintreten – was im übrigen auch Klehmet nicht bestreitet. Würde

[48] Jur. Wochenschrift 1927, Sp. 1533 ff.
[49] AB.

man diese Zeiten nur bei Hilfstätigkeiten im Sinne des § 13 ASchGE als AB gelten lassen, dann würde die Zahl der rechtlich erheblichen AB-Fälle relativ so verschwindend gering sein, daß eine spezielle Ausnahmeregelung in dem Umfang, wie sie der Gesetzgeber geschaffen hat, nicht begründet wäre. In der Praxis ist auch gerade bei Hilfsarbeitern zur Vermeidung von arbeitsfreien (Arbeit i. e. S.!) Zeiträumen eine abwechslungsweise Beschäftigung mit verschiedenen Arbeiten vorgesehen und möglich, so daß eine AB-Zeit bei diesen oft tatsächlich nicht in Erscheinung treten kann. Diese Ausnützung der Arbeitskraft durch eine Beschäftigung mit verschiedenen Arbeiten kann bei produktiven Arbeitern in der Regel nicht gemacht werden, weil diese zur Gewährleistung eines störungsfreien und ordnungsmäßigen Ablaufs des Arbeitsprozesses an ihrem Arbeitsplatz zu verbleiben gezwungen sind. Während dieser Zeit haben sie die oben gekennzeichneten Bereitschaftsarbeiten zu verrichten. Das geltende Recht macht einen Unterschied zwischen AB bei produktiven und AB bei unproduktiven Arbeiten nicht; wäre der Wille des Gesetzgebers dahin gegangen, so hätte dies zum Ausdruck kommen müssen und ohne Schwierigkeit zum Ausdruck kommen können. Es wollte aber gerade alle Fälle wirtschaftlich vorhandener und anerkannter AB in die Sonderregelung einbeziehen.

5. Die zweite Frage geht dahin, ob die in § 4 AZV genannten Arbeiten auch unter den Begriff AB fallen können oder ob die Anwendung des § 2 AZV auf Arbeiten solcher Art schlechthin ausgeschlossen ist, da sie in § 4 ihre Regelung gefunden haben. Es handelt sich hier um Arbeiten zur Bewachung, Reinigung und Instandhaltung von Betriebsanlagen und um Arbeiten, von denen die Wiederaufnahme oder Aufrechterhaltung des Betriebes arbeitstechnisch abhängt. Aus der Aufführung dieser Arbeiten in § 4 zieht Abel[50] den Schluß, daß alle Bewachungs-, Reinigungs-, Instandhaltungs- und sonstigen vorbereitenden Arbeitstätigkeiten keine Bereitschaftstätigkeiten sein können und eine Anwendung des § 2 auf diese Arbeiten deshalb ausgeschlossen ist. Diese Verallgemeinerung geht fehl und verkennt die vom Gesetzgeber gewollte Bedeutung des § 4 AZV. Aus seinem Wortlaut geht deutlich hervor, daß sich die erwähnten Arbeiten durchwegs auf Betriebsanlagen bzw. den ganzen Betrieb oder ganze Betriebsabteilungen beziehen. Die AB bezieht sich dagegen auf den jeweiligen Einzelarbeitsprozeß. Der § 4 behandelt Arbeiten, die außerhalb der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit vorgenommen werden müssen, um deren volle Ausnutzung für den Gesamtbetrieb zu ermöglichen; darauf ist in der Regierungsbegründung zu § 4 ausdrücklich hingewiesen. Die AB kann nur innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit vorkommen und hat mit einer vollen Ausnutzung der betrieblichen Arbeitszeit überhaupt nichts zu tun. Von diesen Gesichtspunkten aus ist zu der oben gestellten Frage Stellung zu nehmen. Unter Be-

[50] a. a. O.

wachungsarbeiten versteht § 4 nicht die Ueberwachung in Gang befindlicher Maschinen innerhalb der Arbeitszeit, wie Abel meint, sondern die Bewachung eines gesamten Betriebs oder Betriebsteiles zum Schutz gegen fremde Eingriffe, also dauernde Wachdienste, wie sie insbesondere bei Stillstand des Betriebes während der Nacht geleistet werden; unter Reinigungs- und Instandhaltungsarbeiten nicht solche, die der einzelne AN an seiner Maschine während der regelmäßigen Arbeitszeit ab und zu vorzunehmen hat, sondern die täglich oder in größeren Zwischenräumen erfolgende Reinigung des gesamten Betriebes und die Ausbesserung zerstörter Betriebsanlagen. Das Schrifttum[51] hat die Arbeiten des § 4 deshalb allgemein als „Vorbereitungs- und Ergänzungsarbeiten" bezeichnet, die ihr Vorbild im § 105 c RGewO haben. Nach letzterer Bestimmung können solche Arbeiten auch an Sonn- und Feiertagen vorgenommen werden. Auch daraus erhellt, daß es sich um selbständige Arbeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit handelt, während die AB infolge ihrer Abhängigkeit von einer Hauptarbeit unselbständige Arbeit ist. Bestätigung findet diese Auffassung auch in den Ausführungsbestimmungen zu § 9 AZV vom 29. IV. 1927, die zwar formell zu § 9 AZV erlassen, materiell aber als Auslegungsregel auch für § 4 zu verwenden sind, da § 9 keine neuen gesetzlichen Tatbestände schafft[52]. Hier wird nochmals ausdrücklich hervorgehoben, daß diese Arbeiten insoweit als Vorbereitungs- und Ergänzungsarbeiten anzusehen sind, als sie außerhalb der allgemein bestehenden Arbeitszeit erforderlich sind, um den vollen Betrieb in der nächsten Schicht aufzunehmen. Richtig ist Abels Auffassung nur insoweit, als Arbeiten, die unter den Tatbestand des § 4 fallen, nicht gleichzeitig Bereitschaftsarbeiten sein können. Nicht alle Arbeiten der Art, wie sie § 4 aufzählt, müssen aber, wie die vorstehenden Ausführungen ergeben, notwendig Vorbereitungs- und Ergänzungsarbeiten im Sinne des § 4 sein, sondern nur diejenigen, die als selbständige aktuelle Arbeiten außerhalb der Arbeitszeit vorgenommen werden. Sobald es sich um Arbeiten vorbereitender Art in bezug auf eine nachfolgende Hauptarbeit während des Arbeitsprozesses handelt, die gleichfalls der Bezeichnung nach Bewachungs-, Instandhaltungs- und Reinigungsarbeiten sein können, liegt begrifflich AB vor. Die Bezeichnung als solche tut nichts zur Sache. Entscheidend ist vielmehr Wesen und Zweck der Tätigkeit. Würde man alle bewachende Tätigkeit, die in aller Regel mit jedweder AB verbunden ist, ohne weiteres unter § 4 einbeziehen, entkräftet Oertmann[53] Abels Beweisführung, so hätte die AZV mit der anderen Hand das sofort wieder der Möglichkeit einer Sonderregelung entzogen, was sie ihr soeben durch § 2 verliehen hat – eine unerträgliche, die Gesetzgebungskunst des Verfassers schwer kompromittierende Folgerung.

[51] s. die Kommentare zur AZV.
[52] s. Ausf.Best. des RAM v. 29. IV. 1927.
[53] Gutachten.

§ 4.

Die „Arbeitsbereitschaft in Pausen".

1. Eine besondere Rolle spielt die Frage nach der Zulässigkeit der AB während der Pausen. Sie bildete den unmittelbaren Anlaß zu den ersten Untersuchungen über den Begriff AB überhaupt[54]. An die Beantwortung dieser Frage muß unter dem Gesichtspunkt herangegangen werden, daß AB im wirtschaftlichen wie im juristischen Sinne Arbeit ist.

Pause ist eine Unterbrechung der Arbeitszeit. Sie enthält ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverbot, da sowohl eine Beschäftigung der AN, wie die Zulassung einer Beschäftigung der AN durch den AG untersagt ist (§§ 136 Abs. 2, 146 RGewO). Jede Arbeit während der Pause hat zu unterbleiben (RGStr. 27/139). Eine gegenteilige Vereinbarung würde als Verstoß gegen § 134 BGB nichtig sein. Sonach ist auch AB während der Pausen unzulässig; denn sie ist Arbeit. In erster Linie gilt dies aber nur für die gesetzlichen Pausen, wie sie lediglich für bestimmte AN- und Berufsgruppen vorgesehen sind. Es sind dies jugendliche männliche Arbeitnehmer[55], weibliche AN ohne Unterschied des Alters[56] und Angestellte ohne Unterschied des Alters und Geschlechts[57]. Nur bei diesen AN würde also eine AB in Pausen ohne weiteres gegen das Gesetz verstoßen, eine einzel- oder kollektivvertragliche Vereinbarung dieser Art nichtig sein. Für alle anderen AN-Gruppen ist eine gesetzliche Pausenregelung nicht getroffen. In Frage kommen alle männlichen erwachsenen, d. h. über 16 Jahre alten Arbeiter, mit Ausnahme einiger weniger Berufsgruppen, die in gesundheitsgefährlichen Betrieben arbeiten und für die in Sondergesetzen Pausenvorschriften bestehen[58]. Die fehlende gesetzliche Pausenregelung wird bei diesen AN durchwegs durch Parteivereinbarung ersetzt. Auch diese vertraglichen Pausen müssen, wenn sie als echte Pausen gelten sollen, Pausen im Sinne der RGewO sein, d. h. sie müssen zwischen den Arbeitsstunden liegen[59] und dürfen durch keinerlei Arbeitstätigkeit ausgefüllt sein. Das würde ihren Charakter als Pausen vernichten, auch wenn sie äußerlich als solche bezeichnet würden.

2. In TVen findet sich nun vielfach die Bestimmung, daß AB während der Pausen zugelassen sei. Die Frage nach der Rechtsgültigkeit einer solchen Vereinbarung muß einmal allgemein beur-

[54] s. die Gutachten von Abel, Sinzheimer, Oertmann, Kaskel, die Entscheidungen des LG Dortmund v. 4. II. und 25. III. 1926 und des LG Duisburg v. 12. XI. 1926.

[55] §§ 135, 136 Abs. 2, 139 Abs. 2, 139a RGewO; Art. V Abs. 3 Arb AZAo; § 1 Abs. 3 und 4 V. über die Arbeitszeit in Bäckereein und Konditoreien.

[56] §§ 137 Abs. 3, 139 Abs. 2, 139a RGewO; Art. V Abs. 3 ArbAZAo; § 1 Abs. 3 und 4 der V. über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien.

[57] §§ 2 Abs. 1, 3, 10 AngAZV.

[58] vgl. die auf Grund des § 120e RGewO erlassenen Verordnungen.

[59] RGStr 32/18; s. auch Art. VIII ArbAZAo, § 134b Ziff. 1, 136 Abs. 1, 137 Abs. 3 RGewO.

teilt werden nach den Vorschriften der AZV über die Höhe der Arbeitszeit, das andere Mal, wie vorstehende Ausführungen zeigen, unter dem Gesichtspunkt, welche AN-Gruppen von ihr erfaßt werden. Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch zu prüfen, welchen Einfluß eine derartige Bestimmung auf die Pause hat.

Die AZV setzt in ihrem § 1 für die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit eine gesetzliche Höchstgrenze von 8 Stunden fest. Diese Höchstgrenze kann durch einseitige Bestimmung des AG (§§ 3, 4, 10 AZV), TV (§ 5 AZV) oder behördliche Anordnung (§ 6 AZV) bis zu 10 Stunden (§ 9 AZV) ausgedehnt werden, d. h. die „regelmäßige werktägliche Arbeitszeit" im Sinne des § 1 ist für die davon betroffenen Betriebe dann nicht mehr die achtstündige, sondern – im Höchstfall – die zehnstündige. Unter Arbeitszeit versteht das Gesetz die „reine" Arbeitszeit, d. h. ausschließlich der Pausen (§ 1 AZV). Daraus ergibt sich, daß – ganz generell ohne Rücksicht auf die besonderen Pausenvorschriften der RGewO. – eine AB während der Pause nur dann angeordnet werden kann, wenn die Pause in die regelmäßige gesetzliche oder betriebliche Arbeitszeit eingerechnet wird.

Dies würde aber dann immer noch, wie schon ausgeführt, gegen die gesetzlichen Pausenvorschriften verstoßen. Also kann den AN, denen auf Grund gesetzlicher Vorschrift eine Pause gewährt werden muß, eine rechtswirksame Verpflichtung, wonach sie während der Pause arbeitsbereit sein müssen, überhaupt nie auferlegt werden, auch für den Fall nicht, daß die Pause in die Arbeitszeit einbezogen und damit eine Ueberschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit nicht stattfinden würde. Grundsätzlich kann aber auch denjenigen erwachsenen männlichen AN, für die nicht das Gesetz, aber der AV Pausen vorgesehen hat, eine solche Verpflichtung nicht auferlegt werden. Dies gilt nur dann nicht, wenn eine gegenteilige Vereinbarung besteht und gleichzeitig dadurch die jeweils zulässige Maximalgrenze für die Beschäftigungsdauer nicht überschritten wird, was dann der Fall ist, wenn die „Pausen in AB" in die Arbeitszeit eingerechnet werden. Nur unter diesen Voraussetzungen ist demnach die Bestimmung des § 13 Abs. 2 Satz 2 ASchGE, daß durch Tarifvereinbarung als Ruhepausen auch Zeiten angerechnet werden können, in denen dem AN geringfügige Beobachtungspflichten (also AB!) obliegen, zu verstehen. Denn die gesetzlichen Pausenbestimmungen für weibliche und jugendliche AN sind zwingender Natur und können rechtswirksam auch durch TVe nicht geändert werden.

Im übrigen ist diese Gesetzesstelle aus der tarifvertraglichen Praxis[60] übernommen. Die juristische Beurteilung einer solchen Abmachung bedarf für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 2 AZV vorliegen, noch einer näheren Untersuchung. § 2 enthält eine weitgehende Ausnahmevorschrift vom Grundsatz des Achtstun-

[60] s. oben S. 24 und Begründung zu § 9 ASchGE.

dentages. Für Bereitschaftsarbeiter kann eine vom Achtstundentag „abweichende Regelung" getroffen werden. Eine Obergrenze für die Ueberschreitung ist unmittelbar an keiner Stelle des Gesetzes vorgesehen. Unter Zugrundelegung des praktisch häufigsten Falles, daß die Beschäftigungsdauer für Bereitschaftsarbeiter auf zwölf Stunden täglich festgesetzt wird, muß eine derartige Vereinbarung folgendermaßen gewürdigt werden. Besteht die Arbeit während dieser ganzen Zeit „regelmäßig und in erheblichem Umfang in AB", d. h. sind die Voraussetzungen des § 2 gegeben, dann kann tariflich auch bestimmt werden, daß die eigentliche Arbeitszeit zehn Stunden beträgt, die Pausen insgesamt zwei Stunden betragen und während der „Pausen" AB zu leisten ist. Denn wenn schon eine Beschäftigungszeit von zwölf Stunden zulässig ist, steht auch einer Verteilung dieser „Schichtzeit" in zehn Stunden Arbeitszeit und zwei Stunden „Pausen in AB" nichts im Wege[61].

3. Einer solchen Einteilung kann aber nur eine rein formelle Bedeutung zuerkannt werden, deren Zweck lediglich der ist, einen lohnmessenden Zeitraum zu fixieren. Rein materiell liegt eine durchgehende zwölfstündige Beschäftigungsdauer vor und keine zehnstündige Arbeitszeit plus zweistündige Pausenzeit. Eine „Pause", die mit AB angefüllt ist, ist keine Pause im juristischen Sinne mehr, die außerhalb die Arbeitszeit gestellt werden könnte. Sie gehört zur Arbeitszeit auch dann, wenn die Pausen-AB eine andere, eine weniger intensivere wäre wie diejenige während der Arbeitszeit. Denn es kann sich innerhalb der „Arbeitsbereitschaft" nur um Artverschiedenheiten, nicht um Wesensverschiedenheiten handeln. Es gibt nur e i n e n Begriff AB. Man würde ihm Gewalt antun, wenn man ihm einmal diesen, das andere Mal jenen Inhalt gäbe. Eine Trennung in eine „AB während der Arbeitszeit" und eine „AB während der Pause", wie sie das LG Duisburg in seinem Urteil vom 12. XI. 1926 vornimmt, ist abzulehnen, weil sie begrifflich unmöglich ist. AB bleibt AB und damit Arbeit, gleichgültig, ob sie während der Pause oder während der Arbeitszeit geleistet wird. Es ist abwegig, wenn als unterscheidendes Merkmal in dieser Richtung die Verantwortung bezeichnet wird (so das oben erwähnte Urteil), da, wie an früherer Stelle[62] schon ausgeführt wurde, eine Verantwortung mit jeder Arbeit verbunden ist. Tatsächlich möglich ist nur, daß das Maß der Verantwortung während der Pausen-AB einer geringeren Intensität der Bereitschaftsarbeit während der Pause entsprechend, ein geringeres ist gegenüber dem mit der AB während der Arbeitszeit verbundenen. Einen ähnlichen Unterschied macht auch Oertmann (Gutachten). Die Möglichkeit dazu begründet er damit, daß dem Begriff der Pause gemäß die AB gegenüber einer aktuellen Tätigkeit noch erheblich weiter — näm-

[61] s. auch Gutachten von Abel, Sinzheimer, Oertmann und Kaskel; LG Dortmund v. 4. II. und 25. III. 1926; LAG Essen v. 19. X. 1927; Mansfeld und Kreller a. a. O.

[62] s. S. 11 ff.

lich weiter als in dem Normalfall der AB während der Arbeitszeit — „zusammenschrumpfe". Dem ist entgegenzuhalten, daß die Pause als solche keinen Einfluß auf den Grad der AB hat. Die Art und der Intensitätsgrad der Arbeitsbereitschaft während der Pause hängt vielmehr von dem Umstand ab, welche Bereitschaftspflichten dem AN während der Pause obliegen. Auf das Wesen der AB als Arbeit hat das aber keinen Einfluß.

Eine Arbeitstätigkeit während der Pause „verwischt" somit nicht nur den Begriff der Pause, wie Mansfeld a. a. O. meint, macht vielmehr das Vorliegen einer Pause begrifflich und sachlich unmöglich. Richtig ist, was Kaskel (Gutachten) betont, daß die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Formulierung, deren Unzweckmäßigkeit bemängelt werden könnte, dadurch nicht berührt wird. Aber es handelt sich in diesem Falle um mehr als eine bloß unzweckmäßige Formulierung. Von wesentlicher Bedeutung ist nämlich in solchen Fällen die Frage, welcher Zeitraum maßgebend für die Lohnzahlung ist: die zehnstündige „Arbeitszeit" oder die zwölfstündige „Schichtzeit". Da man von einer Schichtzeit in dem Sinne, daß zehn Stunden Arbeitszeit und zwei Stunden Pause vorliegen, überhaupt nicht sprechen kann, die zwölfstündige Schichtzeit vielmehr „eine verschleierte zwölfstündige Arbeitszeit"[63] ist, hat der AN auch Anspruch auf Bezahlung der vollen zwölf Stunden. Die gegenteilige Auffassung[64] beruht auf der irrigen Meinung, daß trotz der AB während der Pause diese als Pause im juristischen Sinn noch anzusehen sei, für die demnach der AN eine Bezahlung nicht fordern könne. Die Voraussetzungen für den juristischen Begriff „Pause" fehlen aber in diesen Fällen, wie gezeigt, vollständig. In Wirklichkeit liegt keine Pause vor; die formell als Pause bezeichneten zwei Stunden sind reine Arbeitszeit. Dabei muß es als unerheblich gelten, ob die Pausen regelmäßig und in ihrer zeitlichen Lage und Dauer fest bestimmt sind oder ob sie unregelmäßig und zeitlich unbestimmt anfallen, und als täglicher Durchschnitt eine zweistündige Dauer errechnet werden kann. Auf diesem Standpunkt steht auch Kreller a. a. O., der allerdings insoweit nicht mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmt, als er als Pausen im Rechtssinn noch solche gelten läßt, die fest bestimmt sind, auch wenn sie in AB bestehen. Er übersieht also, daß die AB, die er grundsätzlich auch als (extensive) Arbeit betrachtet, den Begriff der Pause ausschließt. Im Ergebnis ist aber auch er der Anschauung, daß eine von Bereitschaftsarbeit ganz ausgefüllte Schichtzeit auch zum lohnmessenden Zeitraum werden muß, da jede gesetzliche Grundlage für eine Nichtanrechnung einer „Pause in AB" fehle. Auch das Gew.Ger. Hamburg[65] vertritt diesen Standpunkt: Beobachtungstätigkeiten – also Bereitschaftsarbeiten – die verrichtet werden müssen während der Pause, in der

[63] Sinzheimer, Gutachten.
[64] LG Dortmund v. 4. II. und 25. III. 1926; LAG Essen v. 19. XI. 1927.
[65] ZfAR 1924 Sp. 923.

der AN im übrigen sein Essen einnehmen kann, schließen die Pause aus. Man könne demnach von keiner Essenseinnahme während einer Pause, sondern während der Arbeit reden; infolgedessen müsse auch der Lohn für diese Zeit bezahlt werden.

Es ist selbstverständlich, daß die Lohnhöhe beeinflußt wird durch die Tatsache, daß Bereitschaftsarbeit wenig anstrengende, extensive Tätigkeit ist. Denn der Bereitschaftsarbeiter, der zwölf Stunden extensiv beschäftigt wird, kann nicht besser gestellt werden als der Vollarbeiter, der acht Stunden intensiv tätig ist. Die Tatsache, daß eine „Pause in AB" für erwachsene männliche AN unter den Voraussetzungen, daß entweder die Pausen in die Arbeitszeit eingerechnet werden oder der Tatbestand des § 2 vorliegt und vertraglich keine Pausen im Sinne der RGewO vereinbart sind, formell wohl festgesetzt werden kann, diese Festsetzung jedoch keinerlei rechtliche Wirkung hat, vor allem nicht die, daß eine solche Pause nicht als Arbeitszeit gerechnet wird und unbezahlt bleibt, steht natürlich einer Tarifvereinbarung des Inhalts nicht entgegen, daß solche „Pausen" nicht bezahlt werden, wenn damit beispielsweise ein einheitlicher lohnmessender Zeitraum für Bereitschaftsarbeiter und Vollarbeiter erreicht werden soll. Dementsprechend muß sich aber auch die auf einen bestimmten Zeitraum abgestellte Lohnhöhe der Bereitschaftsarbeiter derjenigen der Vollarbeiter nähern. Ein anderer als dieser oder ein ähnlicher Zweck könnte unter Umständen als sittenwidrig die Nichtigkeit einer solchen Tarifbestimmung herbeiführen.

II. TEIL

§ 5.

System und Inhalt des Arbeitszeitrechts.

Das moderne Arbeitsrecht bildet der Inbegriff der Rechtsnormen, die einerseits die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien eines Arbeitsverhältnisses, andererseits die Rechtsbeziehungen zwischen diesen Parteien auf der einen und dem Staat auf der anderen Seite regeln. Die Entwicklungsgeschichte des Arbeitsrechts zeigt, daß es seine Entstehung der Schutzbedürftigkeit bestimmter Personengruppen verdankt, die gezwungen sind, in einem persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis Lohnarbeit zu verrichten. Aus einzelnen Sonderbestimmungen für den besonders schutzbedürftigen Stand der Fabrikarbeiter entstand mit zunehmender Industrialisierung, gefördert durch das Anwachsen und die Organisierung der industriellen Arbeiterschaft und die erhöhte Anteilnahme des Staates für die Regelung der Arbeits- und Lebensbedingungen dieser Bevölkerungsschicht, eine Rechtsmaterie, deren Normen schließlich vor allem in der Nachkriegszeit in sachlicher und persönlicher Beziehung an Ausdehnung gewannen.

Der vorherrschende Charakter des Arbeitsrechts ist, seiner Entstehung und seinem Zweck entsprechend, der eines Schutzrechts. Es ist jedoch in seiner heutigen Ausgestaltung nicht nur Schutzrecht. Es will alle überhaupt möglichen rechtlichen Beziehungen erfassen, die zwischen den einzelnen AN und AG wie zwischen deren beiderseitigen Organisationen entstehen können; es will ferner auftretende Streitigkeiten zwischen diesen beiden Kreisen, da sie besonderer Natur sind, auch einer besonderen Regelung unterwerfen. Demnach unterscheidet man im System des Arbeitsrechts neben dem Arbeiterschutzrecht auch noch das Arbeitsvertragsrecht, als Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen AN und AG, das Arbeitsverbands- oder Verfassungsrecht, als Grundlage für die Beziehungen zwischen und innerhalb der organisierten AN- und AG-schaft, im engsten Zusammenhang damit das Recht der Gesamtvereinbarungen, die zwischen diesen beiden Organisationen entstehen, und schließlich das Arbeitsprozeßrecht, als besonderes Verfahrensrecht bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

Der wichtigste Teil ist das AN-Schutzrecht. Es bildet die Grundlage und Voraussetzung für alle anderen Kreise von Arbeitsrechtssätzen. Auch dieses zerfällt wieder in verschiedene Unterabteilungen. Denn die Schutzbedürftigkeit des unselbständigen AN ist in mehrfacher Beziehung gegeben. Einmal gegenüber der wirtschaftlichen Ueberlegenheit des AG beim Abschluß des Arbeitsvertrags; das andere Mal gegenüber den Gefahren für das Leben und die Gesundheit, die dem AN bei der Arbeitsleistung im Betrieb drohen; und schließlich gegenüber den Gefahren, die mit einer übermäßigen zeitlichen Ausdehnung der Beschäftigungsdauer im Betrieb verbunden sind. Somit zerfällt das AN-Schutzrecht in einen Vertragsschutz, in einen Betriebsschutz und einen Zeitschutz.

Das Arbeitszeitrecht ist also der Teil des AN-Schutzrechtes, der dem AG die öffentlich-rechtliche Pflicht gegen den Staat auferlegt, seine AN nicht über eine bestimmte Höchstzeit hinaus zu beschäftigen. Seine Normen sind deshalb grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur. Als öffentliches Recht hat es in erster Linie der Allgemeinheit zu dienen, nicht nur einem besonderen Stand. Diese Forderung erfüllt das Arbeitszeitrecht. Wenn es auch den besonders schutzheischenden Verhältnissen der ANschaft in besonderem Maße Rechnung trägt, so hat es doch dieses Moment nicht mit einer Stärke betont, daß dadurch Erfordernisse der Gesamtheit beeinträchtigt werden. Es hat als solches bei seiner Ausgestaltung einen erträglichen Mittelweg zwischen den Interessen der AN und denen der Wirtschaft gefunden, in dem es neben der grundsätzlichen Festsetzung eines Höchstarbeitstages zahlreiche Möglichkeiten zu dessen Ueberschreitung geschaffen hat, die den verschiedenartigen Verhältnissen im Wirtschaftsleben, die einer schematischen Regelung widerstreben, Rechnung tragen. Zu den Rechtssätzen dieser Art gehört auch die Vorschrift des § 2 AZV.

§ 6.

Der Inhalt des § 2 AZV.

1. § 2 AZV lautet: „Für Gewerbezweige oder Gruppen von Arbeitnehmern, bei denen regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft vorliegt, kann durch Tarifvertrag oder, soweit ein solcher nicht besteht oder doch Arbeitsverhältnisse dieser Art nicht berücksichtigt, durch den Reichsarbeitsminister nach Anhörung der beteiligten wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine vom § 1 Satz 2 und 3 abweichende Regelung getroffen werden.“ Während früher keine Ausnahmeregelung für die AB bestand, die Zeit, in der AB geleistet wurde, vielmehr ebenso behandelt wurde, wie die Zeit, in der Vollarbeit zu verrichten war[66], kann heute bei vorliegender AB von der gesetzlichen Höchstarbeitszeit nach oben abgewichen werden. Denn wie alle in der AZV geregelten Ausnahmemöglichkeiten kann auch die „abweichende Regelung“ des § 2 ihrer Natur und ihrem Zweck nach nur eine Ueberschreitung des gesetzlichen Normalarbeitstages bedeuten. § 1 Satz 2 und 3 AZV enthält die Festsetzung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit durch die Bestimmung, daß die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit die Dauer von acht Stunden nicht überschreiten darf. Er enthält ferner die Möglichkeit eines Ausgleichs der an den einzelnen Werktagen für den Betrieb oder Betriebsabteilungen ausgefallenen Arbeitsstunden, indem diese an den übrigen Werktagen der gleichen oder der folgenden Woche nachgeholt werden können. Diese Ausgleichsmöglichkeit hat zur Folge, daß als Grundsatz der gesetzlichen Arbeitszeit in Wirklichkeit nicht der Arbeitstag von acht Stunden, sondern die Arbeitswoche von

[66] RGStr v. 27. III. 1884, Reger 4, 407.

48 Stunden bzw. die Arbeitsdoppelwoche von 96 Stunden gilt. § 1 Satz 2 und 3 bedeutet nicht die zwangsweise Festsetzung einer achtstündigen Arbeitspflicht, sondern – entsprechend der öffentlich-rechtlichen Natur der AZV – die Normierung des achtstündigen Arbeitstags bzw. der 48 stündigen Arbeitswoche (96 stündigen Arbeitsdoppelwoche) im Sinne einer grundsätzlichen gesetzlichen Höchstgrenze für die Beschäftigungsdauer der AN, deren Ueberschreitung strafrechtliche Verantwortlichkeit des AG nach sich zieht, wenn sie nicht in den gesetzlichen Ausnahmevorschriften begründet ist (§ 11 AZV). Inhaltlich schafft also § 2 die gesetzliche Grundlage für einen von der Norm des § 1 AZV abweichenden Arbeitstag; er erlaubt die Festsetzung einer straffreien Beschäftigungsdauer, die die gesetzlichen Höchstgrenzen von acht Stunden täglich bzw. 48 Stunden wöchentlich (96 Stunden zweiwöchentlich) überschreitet. Nur um eine solche Ueberschreitung kann es sich, wie schon erwähnt, nach Sinn und Zweck des § 2 handeln. Daraus folgt ein Dreifaches. Der „abweichenden Regelung" ist die Andersregelung des Ausgleichs ausgefallener Arbeitsstunden entzogen; sie kann ferner keine Bestimmungen über die Sonntagsarbeit treffen; sie verbietet schließlich eine gänzliche Nichtanrechnung der Arbeitsbereitschaftszeit.

Der Zweck des § 2 AZV ist, worauf schon mehrfach hingewiesen wurde, für die AB als extensive Arbeit die Festsetzung einer höheren Arbeitszeit zu ermöglichen, die im Interesse der Wirtschaft und mit Rücksicht auf die mit intensiver Arbeit Beschäftigten notwendig und berechtigt erscheint. Darüber hinaus eine noch weitergehende Sonderstellung für die Bereitschaftsarbeiter zu schaffen, besteht kein Bedürfnis. In den Beratungen zu den Arbeitsbereitschaftsparagraphen der Entwürfe über Arbeitszeitgesetze für gewerbliche Arbeiter und Angestellte[67], die als Grundlage für das geltende Recht verwendet wurden, spielte ein anderes Moment als die Zeitfrage keine Rolle. Das Verbot einer Andersregelung des Ausgleichs ergibt sich auch aus folgender Erwägung. Der Grundsatz der 48-Stundenwoche (96-Stundendoppelwoche), der aus der Ausgleichsvorschrift folgt, enthält gleichzeitig eine öffentlich-rechtliche Schutzvorschrift zwingender Natur. Wenn auch für den Fall des Ausgleichs eine tägliche Höchstgrenze nicht besteht – § 1 Satz 3 ist in § 9 AZV nicht zitiert –, so soll doch verhindert werden, daß ausgefallene Arbeitsstunden in unbeschränktem Umfang nachgeholt werden können. Das würde praktisch einer gesetzlich erlaubten Ausschaltung der gesetzlichen Normalarbeitszeit gleichkommen. Oeffentlich-rechtliche Schutzvorschriften können aber weder durch tarifliche Vereinbarung noch durch Ao des RAM geändert oder beseitigt werden. Der zweiwöchige Rahmen des § 1 Satz 3 ist demnach auch für § 2 maßgebend. Satz 2 und 3 des § 1 können nicht getrennt, sondern müssen einheitlich als ein Grundsatz behandelt werden, nicht als zwei Möglichkeiten, die in einem alternativen Verhältnis

[67] s. 28. Sonderheft zum RABl, 1. Stück.

zueinander stehen. Primär kommt immer der achtstündige Arbeitstag in Frage; nur wenn dessen Durchführung infolge ausgefallener Arbeitsstunden nicht möglich ist, erfolgt eine Erweiterung auf die 48-Stundenwoche (96-Stundendoppelwoche). Aus dieser engen Verbundenheit von Satz 2 und 3 ergibt sich auch, daß die Festsetzung einer täglichen Arbeitszeit gleichzeitig die Festsetzung der entsprechenden wöchentlichen Arbeitszeit bedeutet. Denn kraft der zwingenden Vorschrift des § 1 Satz 3 wird der Grundsatz des Achtstundentags gleichzeitig zum Grundsatz der 48-Stundenwoche, wenn die Voraussetzungen des Satz 3 vorliegen. Da nun die auf Grund der Ausnahmevorschriften der AZV festgesetzte mehr als achtstündige Arbeitszeit für den Kreis der davon Betroffenen als regelmäßige werktägliche Arbeitszeit im Sinne des § 1 zu betrachten ist, enthält eine gemäß § 2 angeordnete oder vereinbarte tägliche Arbeitsschicht gleichzeitig die Ao oder Vereinbarung einer entsprechenden Wochenschicht. Denn die Bestimmungen über die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit im § 1 gelten auch für eine nach der AZV zulässige höhere Arbeitszeit. Es bedeutet also die Festsetzung einer bestimmten Tagesschicht nach § 2 nicht das Verbot einer Ueberschreitung dieser Schicht im Wege des Ausgleichs nach § 1 Satz 3, genau so wenig wie die durch Gesetz festgesetzte Tagesschicht von acht Stunden das Verbot einer Ueberschreitung dieser acht Stunden enthält. Satz 3 schafft gerade die Möglichkeit dazu. Jede bestimmte Tagesarbeitszeit wird, wenn die Voraussetzungen des Satz 3 vorliegen, zur gesetzlich erlaubten entsprechenden Wochen- bzw. Doppelwochenarbeitszeit[68]. Deshalb kann sich die Ausgleichsbestimmung auch nicht nur auf die in § 1 Satz 2 vorgesehene regelmäßige Arbeitszeit von acht Stunden beziehen. Die Begründung des entgegengesetzten Standpunktes damit, daß bei längeren Arbeitszeiten der Ausgleich nur unter Ueberschreitung der in § 9 festgesetzten Grenze von zehn Stunden möglich sei[69], geht deshalb fehl, weil für die t ä g l i c h e Beschäftigungsdauer im Falle des Ausgleichs eine Höchstgrenze überhaupt nicht besteht. Auch wenn im Einzelfall dem Ausgleich eine regelmäßige Arbeitszeit von acht Stunden nach § 1 zugrunde liegt, ist eine Ueberschreitung der Zehnstundengrenze des § 9 erlaubt. Es kann weder aus § 1 noch aus § 9 geschlossen werden, daß eine solche Ueberschreitung bei einer zugrunde liegenden höheren Arbeitszeit unzulässig wäre. Dies gilt um so mehr, als das Gesetz für den Fall der AB eine Höchstgrenze überhaupt nicht kennt und zum andern der Wortlaut des § 2 auf die Ausgleichsvorschrift ausdrücklich hinweist, und zwar in dem oben erwähnten Sinn, daß eine zeitliche Abweichung der Wochenarbeitszeit nach oben zulässig ist. Damit ist die Ausgleichsmöglichkeit auch für die AB anerkannt. Nicht erlaubt ist nur, da der „abweichenden Regelung" lediglich die Be-

[68] gegen Potthoff S. 42.

[69] Bescheid des RAM v. 22. V. 1924, III B 1908, s. RABl 1924 Heft 13 S. 264.

deutung einer zeitlichen Ueberschreitung zukommt, den Ausgleich in der Richtung zu erweitern, daß er sich über mehr als zwei Wochen erstreckt. Dem steht der in § 1 normierte Grundsatz der Beschränkung des Ausgleichs auf eine Doppelwoche entgegen.

Die „abweichende Regelung" kann ferner keine Bestimmungen über die Sonntagsarbeit treffen. Die AZV regelt nur die werktägliche Arbeitszeit(§ 1). Die grundsätzliche Bedeutung, die dem § 1 innerhalb der AZV zukommt, erlaubt nicht, daß die Ausnahmebestimmungen vom Achtstundentag auch auf Sonntagsarbeit erstreckt werden. Diese hat ihre Regelung vollständig außerhalb der AZV in dem §§ 105a ff., 136 Abs. 4 RGewO und § 8 AngAZV gefunden. Die AZV ist nur insofern für sie von Bedeutung, als die Höchstgrenzen für die Beschäftigungsdauer analog auch auf zulässige Sonntagsarbeit anzuwenden sind.

Die „abweichende Regelung" verbietet schließlich eine gänzliche Nichtanrechnung der AB auf die Arbeitszeit. Eine entgegengesetzte Auffassung wird in der Literatur verschiedentlich vertreten[70]. Die einen begründen ihren Standpunkt damit, daß nach § 1 auf die „Arbeitszeit" nicht die Pausen, wohl aber die AB anzurechnen sei, was jedoch „nach § 2 abweichend geregelt werden könne", also auch im Sinne einer Nichtanrechnung. Sie erblicken demnach in der „abweichenden Regelung" nicht nur eine zeitliche Ueberschreitung und legen gleichzeitig dem Umstand, daß der § 1 AZV die Pausen von der Arbeitszeit ausbezieht, eine ihm nicht zukommende Bedeutung bei. Denn die Worte „ausschließlich der Pausen" sollen nur evtl. Unklarheiten von vornherein vorbeugen und zum Ausdruck bringen, daß, was schon längst praktische Uebung war, unter Arbeitszeit das Gesetz nur die Zeit reiner Beschäftigung versteht. Die „abweichende Regelung" des § 2 bezieht sich aber ihrem ganzen Sinn nach nicht darauf, was man alles unter die Arbeitszeit einbezieht oder nicht, sondern lediglich darauf, daß von dem Grundsatz des Achtstundentags abgewichen werden kann. Erdmann[71] will die Möglichkeit einer Nichtanrechnung der AB auf die Arbeitszeit aus § 9 AZV folgern. Die im § 9 vorgesehene Arbeitszeitbegrenzung beziehe sich lediglich auf die reine Arbeitszeit ausschließlich der Pausen und ausschließlich der AB, da § 2 in § 9 nicht erwähnt sei; mithin brauche die AB in die Berechnung der Maximalgrenze nach § 9 nicht einbezogen werden. Dagegen ist zu sagen, daß die Frage der „reinen Arbeitszeit" hinsichtlich des § 9 nur insoweit eine Rolle spielt, als es sich um die dort erwähnten Ausnahmen der §§ 3 bis 7 handelt. Für die AB kommt § 9 an sich nicht in Frage, da § 9 für diesen Ausnahmefall überhaupt keine Obergrenze festsetzt. Wenn, was nicht klar ersichtlich ist, Erdmann bei seiner Beweisführung ein Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 unterstellt, dann ist die Anwendbarkeit des § 9 ipso iure ausgeschlossen. Sind diese Voraussetzungen aber nicht gegeben, obwohl

[70] Kaskel S. 213, Syrup und Mansfeld a. a. O.
[71] Anm. 4 zu § 2.

vielleicht AB vorliegt, deren Umfang aber für eine Sonderregelung nach § 2 nicht genügt, dann bildet sie, gleichgültig, ob man sie im Rechtssinne als Arbeit oder Nichtarbeit betrachtet, immer einen Bestandteil der Arbeitszeit im Sinne des § 1 und fällt auch unter diesen oder, wenn auf Grund der sonstigen Ausnahmemöglichkeiten der §§ 3–7 AZV eine höhere Arbeitszeit bestimmt ist, unter diese. In keinem Falle ist also ein Ausschluß der AB-Zeit möglich.

Im übrigen ist die Auffassung, die „abweichende Regelung" könne auch eine vollständige Nichtanrechnung der AB zum Inhalt haben, auch aus folgenden Gründen abzulehnen. Dem Sinn des § 2 würde es widersprechen, eine Zeit, in der Arbeit geleistet wird, wenn auch extensive, zeitlich überhaupt unberücksichtigt zu lassen. Die Zulässigkeit einer vom gesetzlichen Höchstarbeitstag oder der gesetzlichen Höchstarbeitswoche des § 1 abweichenden Regelung kann nur im Sinne einer Verlängerung dieses Arbeitstages bzw. dieser Arbeitswoche verstanden werden. Eine solche war auch der schon vielfach erwähnte Zweck des § 2. Eine vollständige Streichung der AB bei Berechnung der Arbeitszeit wäre keine „abweichende" Regelung mehr. Sie würde nicht nur mit diesem Wortlaut, sondern auch mit allgemeinen sozialen Erwägungen im Widerspruch stehen. Es gibt Fälle – und gerade diese sind für eine Sonderregelung der AB nach § 2 am geeignetsten –, in denen die AB den weitaus größten Teil der Arbeitszeit ausmacht. Würde dieser unberücksichtigt bleiben und bei der Festsetzung der Beschäftigungsdauer lediglich die Zeit intensiver Tätigkeit in Anrechnung gebracht werden, würde man auf Arbeitszeiten kommen, die dann wohl gesetzlich zulässig, aber sozial durchaus zu verurteilen wären. Das kann nicht der Wille des Gesetzgebers eines Schutzgesetzes gegen übermäßige Beschäftigungszeit gewesen sein. „Eine Ausnahmevorschrift wie sie § 2 darstellt, kann immer nur in einer Erweiterung der Schranken, nicht aber in deren völliger Beseitigung bestehen[72]."

Zusammenfassend ist somit zu sagen: die „abweichende Regelung" bezieht sich lediglich auf den Grundsatz des Achtstundentags bzw. der 48-Stundenwoche. Inhaltlich bedeutet sie eine Ueberschreitung, keine Beseitigung der dadurch gezogenen öffentlich-rechtlichen Schranken für die Beschäftigungsdauer.

2. Die „abweichende Regelung" des § 2 ist an bestimmte materielle und formelle Voraussetzungen gebunden. An materiellen Voraussetzungen sind sechs zu unterscheiden: es muß eine „Arbeitsbereitschaft" (1.) „vorliegen" (2.), die „regelmäßiger" (3.) und „erheblicher" (4.) Art ist, bei „Gewerbezweigen" (5.) oder „Gruppen von AN" (6.).

(1.) Der Begriff AB wurde im § 3 dieser Arbeit bereits untersucht und bestimmt als „eine Erscheinungsform der Arbeit, die grundsätzlich ein extensiv-tätiges Verhalten des AN darstellt, dessen Art bedingt ist durch die Art der nachfolgenden (intensiven) Vollarbeit".

[72] Klehmet, AB; s. auch Dehms S. 18.

(2.) Diese AB muß „vorliegen", d. h. sie darf nicht nur theoretisch, sondern muß tatsächlich bei dem betreffenden AN vorhanden sein, wie Syrup[73] sagt, „tatsächlich nachweisbar" sein. Es genügt also nicht, daß es sich um Arbeiter handelt, die auf Grund ihrer Arbeit, zu der sie eigentlich berufen sind, nach allgemeiner Auffassung als Bereitschaftsarbeiter angesehen werden. Denn die Bereitschaftsperioden anerkannter Bereitschaftsarbeiter können im Einzelfall betriebsorganisatorisch und arbeitstechnisch so ausgenutzt sein – indem sie z. B. während derselben, soweit es möglich ist, mit anderen Arbeiten beschäftigt werden oder indem sie zur ununterbrochenen Ausnutzung ihrer Arbeitskraft, wie es häufig der Fall ist (Spinnereien, Webereien!) mehrere Maschinen zu bedienen haben –, daß tatsächlich kein Zeitraum mehr vorliegt, der lediglich in AB besteht. Damit entfällt die Möglichkeit einer Anwendung des § 2 AZV.

(3.) Das Vorliegen von AB muß ein „regelmäßiges" sein. Was man unter „regelmäßig" zu verstehen hat, ergibt sich am besten aus einer Gegenüberstellung des Gegensatzes. Als „ausnahmsweise" bezeichnet man eine Erscheinung, die einen mehr oder weniger vereinzelt dastehenden, vorübergehenden Sonderfall bedeutet. Demgegenüber ist unter „Regelmäßigkeit" eine zeitlich ständig wiederkehrende Dauererscheinung zu begreifen. Diese Erscheinungen können hinsichtlich ihrer Zeitdauer von verschiedener Länge sein. Regelmäßigkeit im Sinne des § 2 AZV bedeutet nicht, daß die AB-Perioden zeitlich von gleichlanger Dauer sein oder in gleichlangen Zeitabständen wiederkehren müssen. Der Wortlaut des § 2 verlangt vielmehr nur eine „allgemeine Regelmäßigkeit", d. h. ein allgemein ständiges Wiederkehren und Abwechseln von Arbeitsperioden und Bereitschaftsperioden, jedoch nicht in dem Sinn, daß deren Länge und Lage innerhalb der Gesamtarbeitszeit genau bestimmt und scharf voneinander getrennt, also, wie Kreller a. a. O. sagt, „von vornherein bestimmte Zeiträume für Arbeit, andere für AB festgesetzt wären"[74].

(4.) Nicht nur regelmäßig, sondern auch „in erheblichem Umfang" muß die AB vorliegen. Auch was begrifflich unter „erheblich" zu verstehen ist, ergibt sich am besten wieder aus einer Vorstellung des Gegensatzes. Von einer unerheblichen, d. h. „geringen" Ausdehnung einer Erscheinung kann gesprochen werden, wenn die betreffende Erscheinung in zeitlicher Beziehung ohne Gewicht ist. „Erheblich" ist also rein zeitlich zu fassen; die Zeitdauer der AB muß beachtlich sein. Auch diese Erheblichkeit braucht nur eine „allgemeine" zu sein. Nicht die einzelnen Unterbrechungen der Vollarbeit, die in AB bestehen, müssen gegenüber der vorhergehenden oder nachfolgenden Zeit der Vollarbeit zeitlich beachtlich sein, sondern im Gesamtergebnis muß es sich um eine AB handeln, die einen zeitlich beachtlichen Teil der Gesamtarbeitszeit bildet. Die

[73] Anm. 5 zu § 2.
[74] s. auch Syrup, Anm. 2 zu § 2; v. Ende, Anm. 2 zu § 2.

Dauer der einzelnen Unterbrechungen kann nur von Bedeutung sein bezüglich der Bemessung der Arbeitszeit. Liegen nämlich wenige Unterbrechungen langer Dauer vor, wird eine längere Arbeitszeit angemessen und berechtigt sein, als bei zahlreichen Unterbrechungen kurzer Dauer, auch wenn der Umfang der Erheblichkeit in beiden Fällen insgesamt derselbe ist, da lange AB-Perioden dem AN eine intensivere Erholung von der Vollarbeit gewähren als kurze. Eine weitere Frage ist, in welchem Umfang die Summe der Bereitschaftszeiten innerhalb der täglichen Gesamtbeschäftigungsdauer zeitlich noch beachtlich, die AB also noch erheblich ist. In dieser Beziehung wird keine so enge Auslegung Platz greifen dürfen, daß etwa das „wesentliche Merkmal der gesamten Tätigkeit der AN AB sein[75]", oder daß mindestens die Hälfte der Beschäftigungsdauer in AB bestehen müsse. Das würde nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, zumal wenn man berücksichtigt, daß der Umfang der AB bei der Bemessung der Gesamtarbeitszeit entsprechend beachtet werden kann. Eine AB, die etwas weniger als die Hälfte der Beschäftigungsdauer zeitlich ausfüllt, kann nicht schon als eine solche geringen Umfangs bezeichnet werden. Einen Maßstab dafür wird der Grundsatz des Achtstundentags als Normalzeit bilden. Wenn nämlich die Vollarbeit nahe an acht Stunden herankommt, wird eine „Erheblichkeit" nicht mehr angenommen werden können. Denn die zeitliche Ausdehnung der Arbeitszeit nach § 2 AZV soll keine Erhöhung der körperlichen oder geistigen Beanspruchung des Bereitschaftsarbeiters gegenüber dem Vollarbeiter, sondern ein möglichstes Gleichmaß herbeiführen. Im übrigen ist das Vorliegen der „Regelmäßigkeit" und der „Erheblichkeit" Tatfrage und muß unter Berücksichtigung der besonderen Eigenarten und Verhältnisse des Einzelfalles nachgeprüft werden[76].

(5.) Für eine „abweichende Regelung" gemäß § 2 ist weiterhin erforderlich, daß die regelmäßige und erhebliche AB vorliegt bei „Gewerbezweigen" oder „Gruppen von AN". Das persönliche und sachliche Geltungsgebiet der AZV, auf das im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden kann, ist bestimmt durch Art. I ArbAZAo und die §§ 11, 12 und 13 AngAZV. Dies ergibt sich aus § 1 Satz 1 und 2 AZV, der ausdrücklich auf diese Bestimmungen Bezug nimmt. Dieser Geltungsbereich gilt mangels abweichender Vorschrift auch für § 2 AZV, der folglich durch seinen Wortlaut „G e w e r b e zweige" (unter den Geltungsbereich der AZV fallen auch bestimmte n i c h t gewerbliche Betriebe) kein neues, spezielles Anwendungsgebiet schaffen will. Die im Gesetz getroffene Gegenüberstellung von „Arbeitnehmergruppen" und „Gewerbezweigen" kann deshalb nur den Sinn haben, daß einerseits eine Regelung der AB in persönlicher, andererseits in sachlicher Beziehung vorgesehen ist.

[75] SchlA München in ZfAR 1928 S. 151.

[76] s. auch Syrup, Anm. 3 zu § 2; Erdmann S. 54; Wölbling-Riese S. 25; v. Ende S. 35; Kreller Sp. 1534; Klehmet, AB; Mansfeld Sp. 604 und 609.

Man kann nun unter dem Kompositum „Gewerbezweige" offenbar ein Doppeltes verstehen, je nachdem, ob man es in seine Bestandteile zerlegt oder als Einheit auffaßt. Unter „Zweige eines Gewerbes" begreift man die technisch-betriebliche Organisation innerhalb e i n e s Gewerbes, die Zerlegung eines Gewerbes in seine organisatorischen Bestandteile, die Betriebe. Unter „Gewerbezweig" versteht man allgemein ein „Gewerbe" schlechthin, in der Sprache der Gewerbeordnung einen „Gewerbebetrieb" (z. B. Metallindustrie im Gegensatz zur Brauindustrie). Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß durch den Wortlaut „Gewerbezweige" lediglich eine sachliche Regelung ermöglicht werden soll, sind beide Auslegungen mit dem Sinn und Zweck des § 2 zu vereinbaren. Also sowohl auf einzelne Betriebe eines bestimmten Gewerbes, demnach die verschiedenen Betriebsarten innerhalb eines Gewerbes, wie auf ganze Gewerbe selbst ist § 2 anwendbar[77].

(6.) Auch der Begriff „Gruppen von Arbeitnehmern" hat eine doppelte Bedeutung. Unter einer „AN-Gruppe" kann man entweder eine „Betriebsgruppe" oder eine „Berufsgruppe" verstehen. Die eine wird zusammengehalten durch eine gemeinsam übertragene Arbeit und ist gebunden an den Einzelbetrieb; die andere knüpft an die gleichartige berufliche Ausbildung an und greift über den Einzelbetrieb hinaus. Beide Auffassungen, jedoch jeweils nur die eine oder nur die andere, sind in der Literatur vertreten[78]. M. E. kann man aber auch hier im Rahmen des § 2 beide Wortbedeutungen verstehen und verwenden. Praktisch ist diese Unterscheidung von geringer Bedeutung, die Auslegung, die die „AN-Gruppe" nur als „Betriebsgruppe" auffaßt, jedoch zu eng. Denn in den meisten Fällen wird die „Betriebsgruppe" tatsächlich zusammenfallen mit einer „Berufsgruppe". Wo das nicht zutrifft, wird es sich innerhalb der Betriebsgruppe durchwegs um verschiedenartige Arbeiten handeln, so daß nicht die Tätigkeit eines jeden AN, der zur Betriebsgruppe gehört, die Voraussetzungen des § 2 erfüllt. Das bedeutet, daß die Möglichkeit einer Regelung nach Betriebsgruppen ein seltener Ausnahmefall ist, wenn die Betriebsgruppe nicht, wie es wohl die Regel ist, gleichzeitig eine Berufsgruppe bildet. Daraus folgt ferner, daß im Einzelfall, trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts des § 2, auch für einen e i n z e l n e n AN die AB nach § 2 geregelt werden kann[79], dann nämlich, wenn dieser AN in einem Betriebe allein unter eine Berufsgruppe fällt, für die in einem Bereich, der mehrere Betriebe oder ein ganzes Gewerbe umfaßt, eine

[77] In der Literatur wird durchwegs nur die letzte Auffassung vertreten: s. Syrup, Anm. 3 zu § 2 und Potthoff S. 42, die zwar auch von bestimmten „Arten von Betrieben" sprechen, diese aber entgegen der allgemeinen betriebswirtschaftlichen Anschauung mit „Gewerbebetrieben" im Sinne der RGewO begrifflich identifizieren; Landmann-Rohmer S. 17.

[78] Für „Berufsgruppe": Syrup, Anm. 3 zu § 2; Potthoff S. 42; für „Betriebsgruppe": Neitzel S. 15; v. Ende S. 36; Landmann-Rohmer S. 17.

[79] s. Neitzel S. 15; v. Ende S. 36.

abweichende Regelung getroffen ist[80]. Eine solche Kombination, d. h. die Zusammenfassung der sachlichen und persönlichen Regelung dahin, daß für bestimmte „AN-Gruppen" in „Gewerbezweigen" eine erhöhte Arbeitszeit festgesetzt wird, ist juristisch möglich und wird, worauf auch Potthoff (S. 42) hinweist, die Regel sein.

3. Für die „abweichende Regelung" hat das Gesetz neben diesen materiellen auch bestimmte formelle Voraussetzungen getroffen. Es läßt eine Verlängerung der Arbeitszeit über den Achtstundentag gemäß § 2 nur zu, wenn sie entweder durch einen TV oder eine Anordnung des RAM erfolgt. Das Primäre ist der TV, der RAM kann nur subsidiär eingreifen, nämlich bei Nichtbestehen eines TV oder Nichtberücksichtigung der AB durch einen bestehenden TV. (Die Durchführung dieser tariflichen und ministeriellen Regelung findet ihre Behandlung in § 7 dieser Arbeit.) Die erörterten materiellen Voraussetzungen sind nach dem Wortlaut des § 2 für die Tarifparteien und den RAM zwingend. Sie können die AB nur berücksichtigen, wenn sie regelmäßig und erheblich bei Gewerbezweigen oder AN-Gruppen auftritt. Sie können – im Rahmen des § 2 – nicht als AB bezeichnen, was begrifflich und tatsächlich keine AB ist; sie müssen die wesentlichen Merkmale, aus denen sich die „Regelmäßigkeit" und „Erheblichkeit" ergibt, beachten; sie können nur regeln für Gewerbezweige und AN-Gruppen[81]. Eine andere Frage, die in § 8 behandelt wird, ist, ob die AB auch außerhalb des Rahmens von § 2 hinsichtlich einer Verlängerung der Arbeitszeit Beachtung finden kann und ob auch dann die Voraussetzungen des § 2 gegeben sein müssen.

§ 7.

Die Regelung der Arbeitsbereitschaft gemäß § 2 AZV.

1. Bei einer Behandlung des gesamten mit der tariflichen und ministeriellen Regelung der AB nach § 2 zusammenhängenden Fragenkomplexes taucht unmittelbar die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 5 und 6 auf diese beiden Regelungsmöglichkeiten auf. § 5 und § 6 sind innerhalb der Verordnung von größter Bedeutung. Sie enthalten die allgemeinen Ausnahmen vom Grundsatz des Achtstundentags. Unabhängig von bestimmten materiellen Voraussetzungen kann nach § 5 durch TV, nach § 6 durch behördliche Anordnung ein mehr als achtstündiger Arbeitstag festgesetzt werden. Für die spezielle tarifliche und behördliche Ueberschreitung des Normalarbeitstags nach § 2 ist demnach die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit dieser allgemeinen Rechtsvorschriften von größtem Interesse.

[80] s. auch Dehms S. 18.
[81] s. auch ZfAR 1928 S. 151 ff.

Trotz der unglücklichen Fassung des § 5 Abs. 1, die darauf schließen lassen könnte, daß er keine allgemeine und selbständige Ausnahmevorschrift darstellt, kommt ihm diese Bedeutung doch zu. Entsprechend seiner Entstehungsgeschichte steht Literatur, Judikatur und Tarifpraxis ausnahmslos auf diesem Standpunkt[82], der auch in den Ausführungsbestimmungen des RAM vom 17. IV. 1925 zu § 5 in den Worten zum Ausdruck kommt, daß § 5 den TVen „Freiheit für die Regelung der Arbeitszeit" gibt. Auch der § 2 AZV hat selbständige Bedeutung, jedoch nur insoweit, als ihm der Spezialfall der AB zur besonderen Behandlung übertragen ist. Grundsätzlich und in erster Linie hat auch diese Sonderregelung durch TV zu erfolgen. Insoweit muß er also als Unterfall des § 5 betrachtet und die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des § 5 auf TVe gemäß § 2 bejaht werden[83]. Dies muß um so mehr angenommen werden, als die AZV systemmäßig drei Gruppen von Ausnahmen geschaffen hat. Solche, die durch einseitige Anordnung des AG (§§ 3, 4, 10), solche, die durch TV (§§ 5, 2) und solche, die durch behördliche Anordnung (§§ 6, 2) getroffen werden können. Ausdrücklich ist die Anwendbarkeit des Abs. 2 des § 5 auf TVe nach § 2 im Gesetz erwähnt. Daraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß nur diese Bestimmung des § 5 auch für § 2 gelten soll. § 5 Abs. 2 enthält ein Beanstandungsrecht der obersten Landesbehörde gegenüber TVen, die „mit dem Sinn des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes unvereinbar" sind. Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Unterstellung der TVe gemäß § 2 gerade unter diese Bestimmung liegt darin begründet, daß für die Beschäftigungsdauer bei AB im Gegensatz zu der, die tariflich nach § 5 vereinbart werden kann, eine Höchstgrenze nicht festgesetzt ist. Mangels einer Erwähnung des § 2 in § 5 hätte dies zu der Auffassung führen können, daß TVe nach § 2 außerhalb der Grenzen des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes stehen. Positiv betrachtet kann demnach diese notwendig bedingte Erwähnung des § 2 in § 5 gerade als Beweis dafür gelten, daß die allgemeinen Bestimmungen des § 5 in ihrem ganzen Umfang unmittelbar auch für Tarife nach § 2 gelten. Dem steht der beiderseitige Wortlaut nicht entgegen. Die Sonderstellung des § 2 ist lediglich eine solche der sachlichen Voraussetzungen, die darin ihren Grund hat, daß besondere Arbeitsverhältnisse besonderer AN-Kategorien einer besonderen Regelung bedürfen und die Verschiedenartigkeit der AB es angezeigt erscheinen ließ, keine bestimmte Grenze für eine Verlängerung der Arbeitszeit festzusetzen.

Eine entsprechende allgemeine Bedeutung wie dem § 5 kommt dem § 6 hinsichtlich einer behördlichen Regelung zu. Auch er bildet — abgesehen von seinem subsidiären Charakter — die gesetzliche Grundlage für eine sachlich voraussetzungslose Ueber-

[82] s. insbesondere die Kommentare zur AZV.
[83] so auch Wölbling-Riese S. 42.

schreitung des Normalarbeitstages. Einer Anwendung dieser allgemeinen formellen Vorschriften auf den nur in materieller Beziehung besonderen Fall des § 2 steht demnach auch hier nichts im Wege. Dafür sprechen noch weitere Umstände. Das Verhältnis des § 6 zu § 5 ist grundsätzlich dasselbe wie das der ministeriellen Regelung zur tariflichen Regelung des § 2: in beiden Fällen kann eine behördliche Anordnung erst dann getroffen werden, wenn eine tarifliche Vereinbarung nicht besteht; zuständig für die abweichende Regelung ist, wie nach § 2, auch nach § 6 der RAM, sobald es sich um ganze Gewerbezweige und Berufsgruppen, die sich über mehrere Länder erstrecken, handelt. Schließlich steht auch der Wortlaut der beiden Paragraphen einer analogen Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des § 6 auf § 2 nicht entgegen. Insbesondere wird das Antragserfordernis gemäß § 6 Abs. 1 für § 2 Geltung haben, da es praktisch auch bei der ministeriellen Regelung der AB nicht entbehrlich ist. Ebenso muß auch die Bestimmung über die Nachwirkung eines abgelaufenen TV (§ 6 Abs. 3) und über den Vorrang einer tariflichen Regelung (§ 6 Abs. 4) für § 2 Beachtung finden.

2.[84] In § 6 dieser Arbeit wurde bereits erwähnt, daß die materiellen Voraussetzungen des § 2 AZV für die Durchführung einer Abweichung vom Achtstundentag zwingender Natur sind. Dies ergibt sich klar und deutlich aus dem Wortlaut des § 2. Nur die regelmäßige und erhebliche AB kann einer Regelung durch TV oder RAM unterworfen und nur für Gewerbezweige und AN-Gruppen kann diese Regelung getroffen werden.

Rechtlich beachtlich nach Maßgabe des § 2 ist also nur die regelmäßige und erhebliche AB. Was begrifflich unter AB zu verstehen ist, wurde in § 3 dieser Arbeit darzustellen versucht. Das Vorliegen von AB ist an die dort aufgestellten objektiven Merkmale geknüpft. Dies ergibt sich aus Zweck und Sinn des § 2, der, wie schon mehrmals erwähnt, alle in der Praxis auftretenden Arten von AB in seinen Geltungsbereich einbeziehen wollte. Deshalb vermied er selbst eine Begriffsbestimmung, aber nur deshalb, und nicht, um sie den Tarifparteien oder dem RAM jeweils für den Einzelfall zu überlassen. Eine solche Feststellung für den Einzelfall, wie sie Leipart[85] den Tarifparteien vorbehalten will und das Urteil des LG Dortmund vom 25. III. 1926 nach dem Wortlaut des § 2 für möglich hält, ist nicht angängig. Dem steht einmal juristisch der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Dem TV ist lediglich freigegeben, eine „abweichende Regelung" zu treffen, also eine Verlängerung des achtstündigen Arbeitstages bzw. der achtundvierzigstündigen Arbeitswoche herbeizuführen. Die Voraussetzun-

[84] s. Note 112 auf S. 52.
[85] S. 17.

gen dafür hat das Gesetz bestimmt. Sie sind deshalb einer tariflichen Vereinbarung entzogen. Sie können weder beseitigt noch verändert noch für den jeweiligen Einzelfall abgewandelt werden[86]. Eine derartige Ermächtigung den Tarifparteien zu geben, wäre auch im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Gesetzes untunlich. Sie würde kaum überwindbare Schwierigkeiten für die Durchführung des Gesetzes schaffen, da die Gegensätze in der Auslegung des Begriffs AB unter den Tarifparteien in der Praxis so groß sind, daß eine Einigung in der Regel ausgeschlossen ist. Außerdem müßte dann in entsprechender Weise auch dem RAM Freiheit in der authentischen Auslegung der gesetzlichen Voraussetzungen für den Einzelfall zuerkannt werden. Dies würde den Anforderungen, die im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung an eine höchstbehördliche Anordnung gestellt werden müssen, widersprechen. So ist also gerade der RAM an objektive Begriffsmerkmale gebunden. Dies muß deshalb auch für die primäre Regelung durch die Tarifparteien gelten, die, wie aus den Ausf.-Best. zu § 5 AZV hervorgeht, nur Freiheit in der Regelung der Arbeitszeit, nicht aber in der Schaffung oder willkürlichen Auslegung gesetzlicher Voraussetzungen haben sollen. Schließlich widerspricht eine derartige Auffassung auch der Absicht des Gesetzgebers, wie sie im ASchGE erkennbar geworden ist. Bei dessen Beratungen im Sozialpolitischen Ausschuß des vorläufigen RWR[87] wurde von AN-Seite für die AB wiederum die „Durchführung einer tariflichen Bindung verlangt, damit der Tatbestand der AB von den Tarifparteien jeweils festgestellt werde". Im Gegensatz dazu hält der ASchGE an der ausschließlichen Regelung durch den RAM fest, dem es nach § 13 Abs. 1 überlassen bleiben soll, ob einzelne AN-Gruppen unter die Bereitschaftsarbeiter im Sinne des Gesetzes fallen. Hier kann es sich demnach nur um eine Feststellung handeln, die von rein objektiven Momenten abhängig ist. Dieser Wille des Gesetzgebers de lege ferenda muß auch im geltenden Recht Beachtung finden.

Ebenso bindend für die Tarifparteien wie den RAM sind die Voraussetzungen der „Regelmäßigkeit" und „Erheblichkeit". Sie sind mit dem Begriff AB im Sinne des § 2 untrennbar verbunden. Auch ihr Vorliegen ist an objektive Merkmale geknüpft, wie sie im § 6 aufgezeigt wurden. Auch sie können weder durch die Tarifparteien noch dem RAM beseitigt oder in ihrem Sinn verändert werden, wenn auch hier bis zu einem gewissen Grad im Einzelfall subjektive Anschauungsmomente, besonders bei der „Erheblichkeit", nicht ausgeschaltet werden können.

Bindend, wenn auch vollständig abhängig von den Verhältnissen des Einzelfalls, ist die Voraussetzung des „Vorliegens" der AB. Eine Feststellung in dieser Richtung bereitet jedoch keinerlei

[86] so auch Kreller a. a. O.
[87] s. Drucksache Nr. 355A, 1920/27, S. 29/30.

Schwierigkeiten, da die Ausfüllung der Bereitschaftszeiten durch andere Arbeit im Einzelfall offen zutage tritt.

3. a) Die Behandlung der gesamten bei der Durchführung der tariflichen Regelung auftretenden Fragen erfordert ein Eingehen auf Begriff, Wesen und Arten des TV. Da jedoch die damit zusammenhängenden Probleme das Arbeitszeitrecht nur berühren, können sie im Rahmen dieser Arbeit weder erschöpfend noch kritisch behandelt werden. Es erfolgt deshalb hier eine Beschränkung auf die Wiedergabe der herrschenden Meinung, in enger Anlehnung in die Tarifvertragslehre Kaskels[88], dessen Auffassung sich auch das Reichsgericht[89] zu eigen gemacht hat.

Begrifflich ist der TV ein schriftlicher Vertrag zwischen Vereinigungen von AN und einzelnen AG oder Vereinigungen von AG über die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen (§ 1 TVVo). Demnach müssen auf AN-Seite immer „Vereinigungen" vorliegen, während auf AG-Seite nicht nur die Vereinigung, sondern auch der einzelne AG tariffähig ist. Der Begriff „Vereinigung", in der neuesten Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts als „wirtschaftliche Vereinigung" bezeichnet, hat durch die Rechtsanwendung einen ganz bestimmten, kaum bestrittenen Inhalt bekommen. Von Kaskel „Berufsvereine" genannt, sind sie nach seiner Definition[90] „Personenvereinigungen von AG und AN mit dem Zweck oder Hauptzweck der Einwirkung auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse". In ihrem organisatorischen Aufbau müssen sie so beschaffen sein, daß sie als sozialer Gegenspieler gegenüber der anderen Partei auftreten und ihre Interessen frei und unabhängig wahrnehmen können. Auf AN-Seite erfüllen diese Voraussetzungen nicht nur die anerkannten Gewerkschaften. Tariffähigkeit, d. h. die „Rechtsfähigkeit auf dem Gebiet des Tarifrechts"[91] besitzen auch sog. Werkvereine oder Werkvereinigungen, d. h. die organisierte Belegschaft eines Betriebes, sofern sie sich nur in irgendeiner rechtlichen Form (rechtsfähiger oder nichtrechtsfähiger Verein) zusammengeschlossen hat und die Fähigkeit zu sozialer Gegenspielerschaft besitzt, m. a. W. Selbständigkeit, Unabhängigkeit (vor allem finanzielle) und Entschlußfreiheit gegenüber dem AG wahren kann. Diese so organisierte und deshalb, was heute kaum mehr bestritten wird, tariffähige Belegschaft kann ihrer gesetzlichen Betriebsvertretung (oder anderen Mitgliedern) die Befugnis zum Abschluß von TVen

[88] s. Das neue Arbeitsrecht, Berlin 1921; Neuerungen im Arbeitsrecht, Berlin 1924; Zur Lehre vom Tarifbruch, Mannheim, und besonders Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin 1928, mit der neuesten Darstellung des Tarifrechts.
[89] RGZ 107/249 ff.; 111/107 und 170 ff.
[90] Arbeitsrecht S. 274.
[91] Kaskel S. 24.

mit dem AG des Betriebes (Tarifberechtigung) verleihen[92]. Demnach besteht die Möglichkeit, daß die AB durch Abschluß eines solchen, „Haus"- oder „Werktarif" genannten TV auch innerhalb eines Einzelbetriebs tariflich geregelt wird, selbstverständlich dann nur für Betriebs- oder Berufsgruppen („Gruppen von Arbeitnehmern")[93].

Seiner rechtlichen Natur nach ist der TV kein öffentlich-rechtlicher, sondern ein privatrechtlicher Vertrag zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften („wirtschaftlichen Vereinigungen"), dessen Inhalt jedoch zum Teil kraft Gesetzes (§§ 1, 2 TVVo) zur Erfüllung seines Zweckes, der Wahrung des wirtschaftlichen Friedens und der Beendigung oder Verhinderung von Arbeitskämpfen[94] ganz bestimmte Wirkungen beigelegt sind. Er bildet kein einheitliches Rechtsgeschäft, sondern zerfällt in zwei begrifflich scharf auseinanderzuhaltende Bestandteile, die jedoch wirtschaftlich zusammengehören: in einen normativen und einen obligatorischen Teil. Der normative Teil allein unterliegt den Vorschriften der TVVo und befaßt sich nur mit der „Regelung der Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen" (§ 1 TVVo), also mit den Rechtsverhältnissen der einzelnen AG und AN. Er umfaßt seinem Inhalt nach „alle Bestimmungen eines TV, die bestimmt und fähig sind, in Einzelarbeitsverträge inhaltlich überzugehen"[95]. Darunter fallen insbesondere Bestimmungen über Lohn- und Arbeitszeit. Diesen vertraglichen Parteivereinbarungen hat das Gesetz normative Wirkung verliehen: sie schaffen objektives, der autonomen Selbstverwaltung entspringendes Arbeitsvertragsrecht, das weder Rechte noch Pflichten für die Parteien der Einzelarbeitsverträge begründet, sondern für den Arbeitsvertrag die Bedeutung eines „zusätzlichen Spezialgesetzes neben den Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag"[96] hat. Die Normen dieses Spezialgesetzes sind weiterhin mit einer ganz besonderen, im Rechtsleben vollständig neuen Wirkung ausgestattet: sie sind unabdingbar. Diese Unabdingbarkeit im Sinne des § 1 TVVo hat zur Folge, daß Arbeitsverträge, soweit sie von der tariflichen Regelung abweichen, unwirksam sind, diese unwirksamen Vereinbarungen jedoch einer Korrektion dadurch unterliegen, daß an ihre Stelle unmittelbar die entsprechenden Bestimmungen des TV treten. Die Unabdingbarkeit geht demnach über

[92] ebenso Bescheide des RAM v. 7. XI. 1919 in NZfAR 1921 S. 82, v. 6. III. 1925 in RABl 1925 S. 138, v. 4. VIII. 1924 in RABl 1924 S. 318; Potthoff-Jadesohn-Meissinger 427c und d; Landmann in NZfAR 1924 S. 141 ff.; Dehms S. 14; Rohde S. 25, der aber fälschlich von „Betriebsvereinbarungen "spricht; Klehmet S. 49; Potthoff S. 70; Hueck, Handbuch III S. 30; Erdmann S. 70/71; Völckers in ZfAR 1924 S. 367; Syrup, Anm. 12 zu § 2; Kaskel S. 24 ff.; Oertmann S. 62.

[93] s. S. 39.

[94] RGZ 111/172.

[95] Kaskel S. 19.

[96] Kaskel S. 19.

die zwingende Natur einer Rechtsnorm hinaus, indem sie nicht nur Nichtigkeit einer von dem Inhalt der Zwangsnorm abweichenden Vereinbarung, sondern die rechtliche Unmöglichkeit einer Abweichung von der Norm bewirkt; denn trotz der Abweichung ist das Rechtsgeschäft wirksam, nicht allerdings mit seinem normwidrigen Inhalt, sondern mit demjenigen Inhalt, den die durch die Gesamtvereinbarung geschaffene Norm vorschreibt. Ebensowenig wie nun die Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag erzeugen auch die Normen des TV als objektives Recht subjektive Rechte und Pflichten. Diese werden vielmehr einzig und allein durch den Einzelarbeitsvertrag begründet. Das Verhältnis zwischen Tarifnorm und Arbeitsvertragspartei besteht also lediglich darin, daß die Arbeitsvertragsparteien kraft der Unabdingbarkeit der Normen des TV dem Einzelarbeitsvertrag nur den Inhalt geben können, den der TV vorschreibt.

Der (in diesem Zusammenhang weniger interessierende) obligatorische Teil des TV befaßt sich mit der Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen den TV-P a r t e i e n. Seinem Inhalt nach umfaßt er „alle Bestimmungen, die nicht bestimmt und fähig sind, in die Einzelarbeitsverträge überzugehen“[97], also gegenseitige Verpflichtungen der Tarifparteien. Er ist ein schuldrechtlicher Vertrag und fällt mangels einer speziellen gesetzlichen Regelung – die TVVo gilt nur für den normativen Teil (§ 1 TVVo) – als Innominatvertrag unter das allgemeine Schuldrecht des BGB[98].

TVe sind in erster Linie die gemäß § 1 TVVo zwischen den Vereinigungen der AG und AN f r e i w i l l i g abgeschlossenen schriftlichen Verträge. Als TVe gelten aber auch die im Schlichtungsverfahren gemäß der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. X. 1923 zustande gekommenen Gesamtvereinbarungen. Sie sind kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 5 Abs. 4 SchlV) mit der Wirkung eines TV ausgestattet. Sie können zustande kommen im Wege eines Vergleichs vor der Schlichtungsbehörde, durch Annahme eines von der Schlichtungsbehörde gefällten Schiedsspruchs (§ 5 Abs. 4 SchlV) oder durch Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs, der nicht von beiden Parteien angenommen wurde (§ 6 Abs. 1 SchlV).

Die Regelung der AB durch TV kann somit nicht nur mittels eines freiwilligen, eigentlichen TV erfolgen, sondern auch im Wege des Schlichtungsverfahrens in der eben gekennzeichneten dreifachen Weise. Die Behauptung Wölbling-Riese's (S. 26), ein verbindlich erklärter Schiedsspruch könne, da er kein TV sei, keine vom § 1 AZV abweichende Regelung treffen, verkennt Wesen und Wirkung eines Schiedsspruchs und seiner Verbindlicherklärung. Ein Schiedsspruch ist ein Vorschlag für den Abschluß eines TV (§ 5 Abs. 4 SchlV). Findet der Vorschlag die Billigung der Parteien

[97] Kaskel S. 21.
[98] s. auch RGZ 65/117.

und wird er deshalb von ihnen angenommen, so ist mit Hilfe der Schlichtungsbehörde (s. § 3 SchlV!) zwischen den Parteien ein Tarif zustande gekommen, der auf beiderseitiger Willensübereinstimmung beruht, sich also juristisch von einer freiwilligen Vereinbarung grundsätzlich nicht unterscheidet. Die ausdrückliche Gesetzesbestimmung, daß einer solchen Vereinbarung die Wirkung eines TV zukommt, sagt nur aus, was an sich schon natürliche Rechtsfolge ist. Zur Vermeidung längerer Arbeitsstreitigkeiten hat nun der Gesetzgeber für den Fall der Nichtannahme des Vorschlags der Schlichtungsbehörde (Schiedsspruch) dahin Vorsorge getroffen, daß der Schiedsspruch auch gegen den Willen der Parteien „Annahme" findet. Er hat die Einrichtung der behördlichen Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs getroffen (§ 6 Abs. 1 SchlV). Das bedeutet die zwangsweise Herbeiführung eines Willenskonsenses. Die Verbindlicherklärung „ersetzt" nach § 6 Abs. 3 SchlV die Annahme, fingiert also die für die Gültigkeit des TV notwendige Willensübereinstimmung der Parteien. Dieser mit Hilfe staatlicher Zwangsmaßnahmen zustandegekommene TV („Zwangstarif") unterscheidet sich demnach hinsichtlich seiner rechtlichen Außenwirkung in keiner Weise von dem mit, noch von dem ohne Unterstützung der Schlichtungsbehörde abgeschlossenen („freiwilligen") TV[99].

Nicht nur unmittelbar, auch mittelbar kann durch den TV eine Regelung der AB erfolgen. Es geschieht dies mittels einer Delegationsvorschrift des TV. Die rechtliche Möglichkeit der Uebertragung sonst nur dem Tarifvertrag vorbehaltener Bestimmungen, insbesondere solcher über die Arbeitszeit, wurde von jeher angenommen und ist heute in § 5 Abs. 3 AZV gesetzlich anerkannt[100]. Dies gilt nicht nur für Tarife nach § 5, sondern auch für „Spezialtarife" nach § 2. Potthoff (S. 45) lehnt dies ohne nähere Begründung ab. Die Anwendbarkeit der Delegationsmöglichkeit auch auf Tarifverträge nach § 2 ergibt sich aber nicht nur aus der grundsätzlichen Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des § 5 auf § 2, sie ist im Falle der AB in besonderem Maße gerade durch den mit der Delegation verfolgten Zweck geboten. Sie ist vorgesehen, um betriebliche Sonderbedürfnisse berücksichtigen zu können[101]. Solche liegen gerade bei der Verschiedenartigkeit der AB-Verhältnisse in der Regel vor. Erwähnt sei nur der Fall einer teilweisen Ausfüllung von Bereitschaftszeiten durch andere, intensive Arbeiten, wodurch das tatsächliche Vorliegen von AB auch bei anerkannten Bereitschaftsarbeitern sogar in gleichartigen Betrieben innerhalb ein und desselben Gewerbezweigs einen vollkommen verschiedenen Umfang haben kann. Eine Ablehnung der Delegationsmöglichkeit ist demnach weder juristisch noch wirtschaftlich gerechtfertigt.

[99] s. auch Kaskel S. 214.
[100] Jäkel S. 52; Rohde, Anm. 2 zu § 2; Landmann in NZfAR 1924 S. 141.
[101] Ausf.Best. zu § 5.

Uebertragen werden kann die Regelung der AB entweder einer Betriebsvereinbarung (BV), d. h. einer Vereinbarung zwischen der gesetzlichen Betriebsvertretung (BVertr.) und dem AG, oder irgendeiner im TV genannten tariflichen Schiedsinstanz. In der Regel enthält der TV in solchen Fällen Rahmenbestimmungen, innerhalb deren sich die BV bzw. die Entscheidung der Schiedsstelle zu halten hat. Zu Vereinbarungen, die dem TV widersprechen, ist die BV nicht befugt. Dies folgt aus § 66 Ziff. 5 BRG, wonach die gesetzliche BVertr. BVen nur im Rahmen der geltenden TVe abschließen kann. Die Streitfrage[102], ob den Normen der BV dieselbe Bedeutung zukommt wie den Tarifnormen, ob also auch erstere unabdingbar sind, kann hier außer acht gelassen werden. Wenn man auch mangels jeglicher gesetzlicher Vorschrift der BV die Unabdingbarkeit grundsätzlich wird nicht zuerkennen können, so kann das doch nicht gelten für den hier vorliegenden Fall. Nach § 5 Abs. 3 AZV ist eine dem TV zukommende Aufgabe der BV übertragen. Diese kann sie vollkommen nur dann erfüllen, wenn sie in ihrer Wirkung dem TV gleichgestellt ist. Nachdem der Gesetzgeber eine Uebertragungsmöglichkeit tariflicher Aufgaben an die BV zuläßt, muß notwendig in solchen Fällen der Betriebsnorm dieselbe Wirkung wie der Tarifnorm zuerkannt werden. Das folgt auch aus dem Wesen der Delegation, die für den Delegierten die Ermächtigung in sich schließt, im selben Umfang und mit derselben rechtlichen Wirkung Handlungen vorzunehmen wie der Delegierende. Daß auch der Gesetzgeber im Falle des § 5 Abs. 3 an eine vollständige Gleichstellung von TV und BV gedacht hat, ergibt sich ferner aus den Ausf.Best. zu § 5, nach denen dieser „auch für Betriebsvereinbarungen gilt", wenn „in einem TV die Regelung der Arbeitszeit durch BV ausdrücklich vorgesehen ist". Das bedeutet nichts anderes, als daß die BV dem TV gleichgestellt ist. Nachdem im übrigen in der AZV eine vertragliche Regelung der Arbeitszeit nur den unabdingbaren Tarifnormen überlassen ist, mußte notwendig eine solche Gleichstellung erfolgen. Die delegierte Betriebsnorm, die ihre Rechtsgrundlage in dem ermächtigenden TV hat, muß notwendig „Tarifnorm" sein. Dieselbe Wirkung muß aus den gleichen Gründen auch den Entscheidungen der Schiedsstellen zuerkannt werden: sie sind für die Beteiligten rechtsverbindlich und unabdingbar[103].

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nach § 2 eine Regelung der AB durch TV in fünffacher Weise möglich ist:

1. in Form eines freiwilligen, eigentlichen TV, der auch als Werktarif zwischen der ad hoc organisierten Belegschaft und dem einzelnen AG abgeschlossen sein kann;

2. in Form eines Vergleiches vor der angerufenen Schlichtungsbehörde;

[102] s. Hueck-Nipperdey S. 105.
[103] s. dazu Erdmann S. 76.

3. in Form eines beiderseitig angenommenen Schiedsspruchs der Schlichtungsbehörde;

4. in Form eines durch die Schlichtungsbehörde verbindlich erklärten Schiedsspruchs (Zwangstarifs);

5. durch eine kraft tariflicher Bestimmung delegierte BV.

b) Die Anordnung, die der RAM zur Regelung der AB zu treffen befugt ist, kann in der rechtlichen Form einer Verfügung wie einer Verordnung erfolgen. Ob sie in der einen oder anderen Form e r l a s s e n wird, steht grundsätzlich in seinem Ermessen; ob es sich juristisch im einen oder andern Fall um eine Verfügung oder Verordnung h a n d e l t – die Bezeichnung selbst ist unmaßgeblich –, ist davon abhängig, ob er eine spezielle Regelung für einen konkreten Einzelfall oder eine generelle Regelung der AB trifft. Denn der Hauptunterschied der Verfügung und der Verordnung liegt darin, daß jene auf einen oder mehrere bestimmte Einzelfälle, diese auf die Allgemeinheit Bezug nimmt. Formell handelt es sich in beiden Fällen um einen staatlichen Verwaltungsakt, um eine einseitige obrigkeitliche Willenserklärung, die auf eine gesetzliche Ermächtigung gestützt sein muß. Diese Ermächtigung ist in § 2 AZV gegeben. Materiell handelt es sich um Rechtsschaffung innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen. Demnach haben wir es bei der Verfügung um eine sog. konstitutive[104], bei der Verordnung um eine sog. Rechtsverordnung zu tun. Beide begründen in unserem Falle die öffentlich-rechtliche Erlaubnis, den Bereitschaftsarbeiter straflos bis zu einer bestimmten Höchstgrenze zu beschäftigen. Somit gilt folgendes: trifft der RAM Bestimmungen über die AB für einen oder mehrere bestimmte Einzelfälle – z. B. innerhalb eines oder mehrerer Gewerbezweige für gewisse AN-Gruppen –, haben wir es mit einer Verfügung zu tun. Will er die AB allgemein regeln – z. B. in allen Gewerbezweigen oder für bestimmte AN-Gruppen in allen Gewerbezweigen –, ist die Anordnung eine Rechtsverordnung. Hinsichtlich der Rechtswirkungen der getroffenen Anordnung im Verhältnis zwischen dem AG und AN ist es gleichgültig, ob es sich um eine Verfügung oder Verordnung handelt[105].

Die allgemeine Grundtendenz der AZV geht dahin, der tariflichen Regelung der Arbeitszeit gegenüber der behördlichen den Vorrang einzuräumen[106]. Das ist auch in § 2 zum Ausdruck gekommen: der RAM kann nur subsidiär eingreifen, nämlich „soweit ein TV nicht besteht oder doch Arbeitsverhältnisse dieser Art – nämlich die AB – nicht berücksichtigt". Die Bedeutung des Wörtchens „soweit" in diesem Zusammenhang ist in der Literatur bestritten. Es wird in dem Sinn von „in dem Umfang, als . . ."[107]

[104] s. Kormann S. 82 ff., insbes. S. 99.

[105] s. hierzu: Kormann S. 82 ff.; Jellinek S. 366 ff.; Hatschek, Verw.R. S. 50 ff., S. 8 ff.; Fleiner S. 183 ff., S. 69 ff.; Hatschek II S. 113 ff.; Stier-Somlo S. 333 ff.

[106] s. Reg.Begr. zur AZV.

[107] Klehmet S. 40.

gebraucht, wie in dem Sinn von „wenn“[108]. Letztere Auffassung ist die m. E. allein mögliche, will man die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht als pleonastisch ansehen. Denn nach der ersten wäre der zweite Halbsatz des aufgeführten Gesetzeswortlauts überflüssig, da er inhaltlich schon im ersten enthalten wäre. Der Gesetzgeber hätte sich dann mit der einfachen Fassung begnügen können, daß für die AB eine vom § 1 abweichende Regelung getroffen werden kann „durch TV oder, soweit (= „in dem Umfang, als . . . .“) ein solcher nicht besteht, durch den RAM“. Daß er das nicht getan hat, weist darauf hin, daß er dem „soweit“ einen anderen Sinn geben wollte, und damit auch der gesetzlichen Vorschrift. Denn wenn man diese einfache Fassung der im § 2 gewählten inhaltlich vergleichend gegenüberstellt, ergibt sich, daß letztere weitergeht. Nach der einfachen Fassung könnte der RAM nur eingreifen, wenn ein TV besteht, dieser jedoch die AB nicht berücksichtigt. Eine solch enge Begrenzung der Zuständigkeit des RAM dahin, daß ein Eingreifen das Vorliegen eines die AB nicht beachtenden TV voraussetzt, würde nicht nur die Bedeutung des § 2 einschränken; sie lag auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers und liegt nicht im Sinn des Gesetzes.

Der RAM kann also eingreifen:

1. w e n n ein TV nicht besteht,

2. w e n n ein TV besteht, jedoch die AB nicht berücksichtigt.

Mit der ersten Bestimmung will das Gesetz den Fall regeln, daß überhaupt kein TV vorliegt. Die obengenannte Grundtendenz der AZV hat in der Literatur z. T. zu einer Verkennung dieser Bestimmung geführt. Es wird angenommen, daß dem Eingreifen des RAM ein Versuch zur Herbeiführung einer tariflichen Regelung vorausgehen müsse, daß also zum mindesten, in Analogie zu § 6 AZV, vorher entsprechende Verhandlungen zwischen Tarifparteien stattgefunden haben müßten[109]. Diese Auffassung findet jedoch keine Stütze in den Ausführungsbestimmungen zu der allgemeinen behördlichen Ausnahmeregelung der Arbeitszeit gemäß § 6, wonach die behördliche Regelung bei Fehlen einer tariflichen erst anzuwenden ist, nachdem zuvor alle Möglichkeiten, auch die eines Schlichtungsverfahrens, um eine tarifliche Vereinbarung zustande zu bringen, versucht worden sind. Denn mangels eines besonderen Hinweises und mangels ihrer Wiederholung bei § 2 können sich diese Vorschriften nur auf § 6 beziehen. Sie würden auch dem Wortlaut des § 2 widersprechen, der klar und ohne einen Zweifel zuzulassen als einzige Voraussetzung das Fehlen einer tariflichen Vereinbarung vorsieht[110]. Diese Voraussetzung kann ihren Grund haben nicht nur in dem Scheitern tariflicher Verhandlungen, son-

[108] Potthoff S. 44.

[109] s. Leipart S. 18.

[110] so auch Potthoff S. 44; Klehmet S. 40; Landmann-Rohmer S. 18; Erdmann S. 54.

dern auch in der Absicht der einen oder anderen Partei, die AB nicht tariflich zu regeln, sondern behördlich regeln zu lassen. Nicht also nur dann, wenn eine tarifliche Regelung zwischen den Parteien „nicht zustande kommt" (Leipart S. 18), sondern wenn eine solche aus irgendwelchen, rechtlich unbeachtlichen Gründen überhaupt „nicht besteht", wie das Gesetz sagt, kann der RAM eingreifen. Daraus folgt ohne weiteres auch, daß der RAM, bevor er seine Anordnung trifft, nicht verpflichtet ist, die Parteien zum Versuch oder Abschluß eines freiwilligen TV oder zur Einlassung in ein Schlichtungsverfahren aufzufordern[111]. Ebensowenig braucht er deshalb den Ausgang freiwilliger oder vor dem Schlichter geführter Verhandlungen abwarten. Tatsächlich kann natürlich eine solche Aufforderung seitens des RAM an die Parteien ergehen. Auch wird er in der Regel in ein schwebendes Verfahren nicht eingreifen; denn der RAM ist nicht verpflichtet, Bestimmungen über die AB zu treffen. Er „kann" das nach dem Gesetz, muß aber nicht. Damit hat er die Möglichkeit, auf die Parteien einen Zwang in der Richtung einer tariflichen Regelung auszuüben.

Die hier vertretene Auffassung steht mit dem Grundsatz des Vorrangs der tariflichen vor der behördlichen Regelung nicht im Widerspruch. Dieser Vorrang besteht gegenüber § 6 AZV nur in einem eingeschränkten Umfang. Die behördliche Regelung gemäß § 2 bedingt nur keine Erschöpfung der Möglichkeiten, zu einer Tarifvereinbarung zu kommen, wie es bei § 6 der Fall ist, wohl aber gilt auch die Anordnung des RAM auf Grund des § 2 nur dann und nur solange, als nicht eine tarifliche Vereinbarung vorliegt (§ 2 in Verb. mit § 6 Abs. 4 AZV).

Die zweite Bestimmung des Gesetzes regelt den Fall, daß der Erlaß der Anordnung des RAM neben einem bestehenden TV erfolgt. Diese Möglichkeit gibt das Gesetz jedoch lediglich unter Bedingung, daß der TV nicht schon die AB „berücksichtigt". In Wahrheit „fehlt" auch hier der TV, nämlich hinsichtlich der AB. Wann „berücksichtigt" nun ein TV die AB nicht? Zur Beantwortung dieser Frage ist die Vorfrage zu stellen: wie kann die AB tariflich überhaupt „Berücksichtigung" finden. Der TV muß sich zum mindesten einmal mit Arbeitsverhältnissen dieser Art befassen, er muß irgendwelche Bestimmungen darüber enthalten. Bestimmt er z. B., daß die Bereitschaftsarbeit wie Vollarbeit angesehen wird, also unter § 1 AZV fällt, kann man offenbar noch von keiner Berücksichtigung sprechen. Denn sofern keine abweichende Regelung nach § 2 vorliegt, gilt die AB-Zeit an sich schon als reine Arbeitszeit im Sinne des § 1 AZV und die AB fällt ohnehin unter § 1. Mit dem Begriff „Rücksicht" ist unmittelbar die Vorstellung einer Sonderbehandlung verbunden. „Auf etwas Rücksicht nehmen" will sagen, besondere Verhältnisse, besondere Umstände besonders behandeln. AB-Verhältnisse sind besondere Arbeitsverhältnisse, für die § 2 die gesetzliche Grundlage einer Sonder-

[111] a. M. Kommentar der Christl. Gewerkschaften S. 9.

behandlung schafft. Diese Sonderbehandlung besteht in der Möglichkeit der Festsetzung einer „abweichenden Regelung". Die AB „berücksichtigten" kann also nur den Sinn haben, für sie eine Verlängerung der Arbeitszeit über die Grenzen des gesetzlichen (§ 1 AZV) oder betrieblichen (§§ 5, 6 AZV) Höchstarbeitstags hinaus zu schaffen. Ein TV berücksichtigt die AB dann nicht, wenn er keine „abweichende Regelung" im Sinne des § 2 getroffen hat[112].

Von hier aus ist zu zwei in der Literatur behandelten Fällen Stellung zu nehmen. Es wird behauptet[113], daß neben einer tariflichen auch eine Ausnahmeregelung durch die Behörde möglich sei. Dies kann nur mit der Einschränkung gelten, daß der TV sich mit der AB „befaßt", ohne sie zu berücksichtigen; daß er also irgendwelche Bestimmungen (in dem oben beispielsweise angeführten Sinn), jedoch keine über die Verlängerung der Arbeitszeit trifft. Nur dann ist neben einer tariflichen „Regelung" eine behördliche Regelung zulässig. Denn ist die AB-Zeit tariflich schon abweichend von der im Betriebe geltenden Normalarbeitszeit festgesetzt, dann „berücksichtigt" der TV die AB. Daneben eine gleichzeitige Berücksichtigung durch den RAM ist ausgeschlossen. Das folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes, das das Eingreifen des RAM nur dann für zulässig erklärt, „wenn" ein bestehender TV nicht schon eine abweichende Regelung getroffen hat.

Es wird ferner behauptet[114], daß eine Bestimmung im TV des Inhaltes, daß „für AB keine besondere Regelung stattfinden soll", die Befugnis des RAM zum Eingreifen ausschließt. Diese Auffassung ist abzulehnen. Einmal ist, wie gezeigt, nach dem Gesetz eine Regelung der AB durch den RAM nur dann ausgeschlossen, wenn der TV sie nicht berücksichtigt. Der Inhalt einer solchen Bestimmung bedeutet aber einerseits keine Berücksichtigung der AB, da er keine verlängerte Beschäftigungsdauer festsetzt; andererseits ist der RAM nicht verpflichtet, sich bei der Regelung der AB an eine Parteiabrede zu halten, die ihrem Inhalt nach auf eine Verpflichtung der Tarifparteien geht, keine Arbeitsverträge abzuschließen, die für die AB eine Sonderregelung treffen. Denn eine solche Tarifbestimmung kann niemals normativer, sondern nur obligatorischer Natur sein. Sie kann sich nicht auf den Inhalt, sondern lediglich auf den Abschluß von AVen beziehen, da sie „nicht bestimmt und fähig ist, in die Einzelarbeitsverträge inhaltlich überzugehen". Denn wenn man dieser Bestimmung normative

[112] Aus diesen Ausführungen ergibt sich im Zusammenhang mit den Darlegungen auf S. 42 ff. die Lösung der von Syrup (S. 64) und Leipart (S. 18) aufgeworfenen Frage, wem eine Entscheidung darüber zustehe, ob im TV AB-Verhältnisse nicht berücksichtigt sind. Es handelt sich nicht um eine „Entscheidung", sondern lediglich um eine Feststellung, die an Hand der an beiden Stellen aufgeführten objektiven Merkmale getroffen werden kann.

[113] Klehmet S. 40.

[114] Potthoff S. 44.

Wirkung beilegen wollte, ergäbe sich der widersinnige Zustand, daß überhaupt keine AVe abgeschlossen werden könnten, in die eine solche Bestimmung übergehen könnte. Es kann sich also hier lediglich um eine zum obligatorischen Teil des TV gehörige Abrede der Tarif p a r t e i e n handeln, deren Verletzung seitens einer Partei oder eines Dritten ohne Einfluß auf die Parteimitglieder bzw. deren AVe ist. Trotz einer tariflichen Abrede, die AB nicht besonders zu regeln, ist also eine Regelung durch den RAM möglich und zulässig.

Neben diesen im Vorstehenden behandelten sachlichen Voraussetzungen für eine behördliche Regelung der AB ist das Tätigwerden des RAM bzw. die Durchführung seiner Anordnung noch in formeller und inhaltlicher Beziehung bestimmt.

Sein Eingreifen wird in der Regel nur auf Antrag der beiden oder einer der beiden Parteien angenommen werden können[115]. Das Gesetz sagt zwar im Falle der AB darüber nichts. Das Erfordernis eines Antrags als Voraussetzung für das Einschreiten der Behörde, das § 6 Abs. 1 Satz 1 vorsieht, ist ferner für die Regelung durch den RAM mangels einer ausdrücklichen Vorschrift bestritten[116]. Aber sowohl in diesem wie besonders im Falle der AB wird die Stellung eines entsprechenden Antrags nicht entbehrt werden können. Von sich aus einzugreifen wird die höchste Behörde um so weniger Veranlassung haben, als die Tendenz der AZV in der Richtung einer möglichst großen Selbstverwaltung der Tarifparteien liegt und ferner eine von keiner Seite gewünschte, durch den RAM getroffene Anordnung tatsächlich unbeachtet bleiben würde, da sie lediglich die öffentlich-rechtliche Zulassung einer längeren Beschäftigungsdauer, aber keine Verpflichtung zur Ausnützung dieser Beschäftigungsdauer festlegen kann[117]. Wenn auch nach den obigen Ausführungen ein solches selbständiges Eingreifen durchaus denkbar ist und rechtlich zulässig wäre – denn nicht auf den „Willen der Tarifparteien“[118] kommt es an, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes lediglich auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen –, so wird doch unter Beachtung dieser Zweckmäßigkeitserwägungen[119] als Regelfall das Einschreiten nur auf Grund eines Antrags zu gelten haben. Der Antrag kann jederzeit und formlos von jeder Partei gestellt werden. Er wird jedoch vom RAM zurückgewiesen werden, wenn für die Parteien ein TV die AB schon berücksichtigt, da neben einer tariflichen eine behördliche Bestimmung rechtswirksam nicht getroffen werden kann[120]. Aber auch im übrigen ist der RAM nicht verpflichtet, einem Antrag stattzugeben. Denn, wie schon erwähnt,

[115] so auch Potthoff S. 44.
[116] verneinend v. Ende S. 52; bejahend die übrigen Kommentare.
[117] s. S. 61 ff.
[118] a. M. Potthoff S. 44.
[119] s. auch S. 51.
[120] s. S. 52.

handelt es sich bei der behördlichen Regelung lediglich um eine Kannvorschrift. Liegt nach seiner Ueberzeugung kein Grund für eine behördliche Anordnung vor, kann er den Antrag vollständig unbeachtet lassen. Zuvor aber hat er sich eingehend über die Berechtigung oder Nichtberechtigung der im Antrag geforderten Verlängerung der Arbeitszeit zu unterrichten. Denn es ist als zweite formelle Voraussetzung vom Gesetz vor Erlaß einer Anordnung die Anhörung der beteiligten wirtschaftlichen Vereinigungen der AG und AN dem RAM zur Pflicht gemacht.

Der Begriff der „wirtschaftlichen Vereinigung" wurde bereits an früherer Stelle[121] erörtert. Als „beteiligt" im Sinne des § 2 haben diejenigen Vereinigungen zu gelten, deren Mitglieder unter den Geltungsbereich der zu erlassenden ministeriellen Anordnung fallen. Falls der RAM beabsichtigt, nicht nur für den Kreis von Gewerbezweigen oder AN-Gruppen, für den ein entsprechender Antrag gestellt ist, die AB zu regeln, sondern darüber hinaus auch noch für andere Gewerbe oder Betriebsarten oder für dieselben Berufsgruppen in anderen oder allen Gewerbezweigen, wird er auch alle anderen, nicht antragstellenden Verbände anhören müssen. Gerade unter Beachtung des Umstandes, daß der RAM auch initiativ einzugreifen die Möglichkeit hat, kann das „beteiligte" nur in diesem Sinn verstanden werden. Daß er, wie oben erwähnt, a l l e beteiligten Verbände vorher zu hören hat, wird man jedoch nur cum grano salis verstehen dürfen. Denn um dem offenbaren Zweck der Anhörung, sich ein Bild über die tatsächlichen AB-Verhältnisse zu machen, gerecht zu werden, ist es als genügend zu erachten, wenn nur solche und nur soviel Vereinigungen angehört werden, daß dieser Zweck erreicht wird.

Der Begriff „Anhörung" ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortsinn. Es kann sich nur um ein an keine Form gebundenes Befragen der Meinung der beteiligten Verbände handeln. Diese Meinungsäußerung kann mangels einer besonderen Bestimmung keinerlei bindende Wirkung haben. Sie ist wohl zwingende Voraussetzung für eine Anordnung des RAM, aber für ihn nicht bindend hinsichtlich seiner Entscheidung. Sie dient nur seiner persönlichen Information, ohne für den Erlaß oder Nichterlaß bzw. den Inhalt seiner Anordnung maßgeblich zu sein. Sachlich liegt die Regelung vollständig im freien Ermessen des RAM[122]. Dieser insoweit rechtlich bedeutungslose Sinn der „Anhörung" kann auch e contrario aus den Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes über ein Zusammenarbeiten zwischen AG und gesetzlicher BVertr. in Fragen der Arbeitszeit gefolgert werden. Hier spricht das Gesetz (vgl. § 78 Abs. 1 Ziff. 2 BRG) von „Mitwirkung", von einer mit rechtlicher Wirkung versehenen Mitbestimmung[123]. Hätte der Gesetzgeber eine solche rechtsverbindliche Mitarbeit der Vereinigungen im Falle des § 2

[121] S. 44.
[122] herrschende Meinung; s. die Kommentare zur AZV.
[123] s. Flatow, unter „Betriebsräte, Mitbestimmungsrecht".

im Sinn gehabt, dann hätte er diesen Begriff, der infolge langjähriger Rechtsanwendung feste und eindeutige Gestalt gewonnen hat, gebraucht. Daß er an dieser (und anderer, vgl. § 1 AZV) Stelle sich mit dem einfachen Ausdruck „Anhörung" begnügt, läßt darauf schließen, daß er ein Mitarbeiten im Sinne einer rechtsverbindlichen Mitwirkung nicht gewollt hat.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Anhörung nicht insofern rechtlich von Bedeutung ist, als sie die Gültigkeit der getroffenen Anordnung beeinflußt, m. a. W. das Nichtanhören der beteiligten Verbände Rechtsunwirksamkeit der Verordnung nach sich zieht. Dies ist grundsätzlich zu bejahen[124], da andernfalls diese Bestimmung ihren Zweck vollständig verlieren und eine gesetzliche Voraussetzung ohne weiteres umgangen werden könnte. Zur selben Auffassung kommt Landmann-Rohmer (S. 18) mit der Begründung, daß eine Verneinung das Gewicht, das die Verordnung auf die primär angestrebte autonome Regelung durch die Beteiligten legt, beeinträchtigen würde. Diese Begründung, die offenbar nur an eine initiative Regelung des RAM denkt, verliert an Beweiskraft, wenn man, wie es hier geschehen ist, als Regelfall und stillschweigende Voraussetzung behördlichen Eingreifens einen Antrag seitens der Parteien annimmt.

Damit im Zusammenhang steht die Frage, ob bei Versäumung der notwendigen Anhörung die Beseitigung der dadurch bedingten Rechtsungültigkeit der Verordnung des RAM durch eine nachträgliche „Genehmigung" der getroffenen Regelung seitens der beteiligten Verbände möglich ist. Das muß aus praktischen Rücksichten für zulässig erachtet werden. Man kann in dem ausdrücklichen oder stillschweigenden (durch Ausgestaltung der Arbeitszeit nach den Vorschriften der vom RAM erlassenen Anordnung) Einverständnis der beiden betroffenen Parteien nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Heilung der vom RAM verletzten formellen gesetzlichen Voraussetzung erblicken, wodurch die Rechtsgültigkeit der ministeriellen Anordnung herbeigeführt wird[125]. Auch hier muß die Einschränkung gelten, daß eine Heilung schon dann vorliegt, wenn diejenigen Verbände mit der Regelung einverstanden sind, die auch für eine ihren Zweck erfüllende Anhörung in Frage gekommen wären[126].

Praktisch dürften der Fall der Nichtanhörung und damit seine Folgen kaum werden. Denn einmal benötigt der RAM zum Erlaß einer den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden, gerechten Verordnung sachliche Grundlagen, die ihm vollständig nur eine Anhörung der beteiligten AG- und AN-Kreise verschaffen kann. Zum andern ist ein Verstoß des RAM gegen die gesetzliche Vorschrift um so weniger anzunehmen, als er sich damit der Gefahr der Rechtsungültigkeit seiner Verordnung aussetzt. Und drittens

[124] s. Fleiner S. 228.
[125] s. v. Ende S. 33.
[126] s. S. 54.

ist er trotz der Anhörung in seinen Entscheidungen vollständig frei, da der Erlaß der Verordnung und grundsätzlich auch ihr Inhalt in seinem Ermessen steht.

In einem Fall kann die Verordnung des RAM jedoch inhaltlich gebunden sein. Wenn nämlich die ministerielle Anordnung innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten nach Ablauf eines TV, der über die AB Bestimmungen getroffen hat, erfolgt, kann der RAM keine höhere Beschäftigungsdauer festsetzen, als diejenige, die im TV vorgesehen war oder nach dem TV zulässig gewesen wäre. Dies ergibt sich aus § 6 AZV. Die grundsätzliche Anwendungsmöglichkeit des § 6 auf § 2 wurde bereits eingangs dieses Paragraphen nachgewiesen[127]. Die Anwendbarkeit gerade seines Absatzes 3, der die oben genannte Bestimmung enthält, ist um so mehr zu bejahen, als der TV ja in der Regel nicht nur die Arbeitsdauer für die Bereitschaftsarbeit, sondern auch für die Vollarbeit regelt. Der Wortlaut steht dieser Auffassung nicht entgegen, da er allgemein nur von „Arbeitszeit" spricht. Darunter kann in diesem Zusammenhang sowohl die Arbeitszeit für Vollarbeit wie für Bereitschaftsarbeit verstanden werden. Der Zweck des Abs. 3 ist nach der Reg.Begr. die Hintanhaltung einer Kündigung von TVen mit der Absicht, nach deren Außerkrafttreten eine höhere Arbeitszeit von der Behörde bewilligt zu erhalten. Diese Schutzvorschrift lediglich auf Tarifbestimmungen über die Vollarbeit zu beschränken, würde sozialpolitisch jeder Begründung entbehren. Wird also bei Vorliegen eines solchen Falles der RAM zu einer Regelung der AB veranlaßt, so ist er hinsichtlich des Inhalts seiner Verordnung insoweit gebunden, als die von ihm festzusetzende Beschäftigungsdauer begrenzt ist nach oben durch die Bestimmungen des abgelaufenen TV, nach unten durch die öffentlich-rechtliche Vorschrift des § 1 AZV.

Der RAM kann den Inhalt seiner Verordnung auch von sich aus in der Weise ausgestalten, daß er die Ausnützung der von ihm zugelassenen Arbeitszeit von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht. Das war bei behördlichen Mehrarbeitsbewilligungen von jeher Uebung. Gerade bei der Verschiedenartigkeit der AB-Verhältnisse, insbesondere bei Berücksichtigung des Umstandes, daß das tatsächliche Vorliegen von AB auch bei anerkannten Bereitschaftsarbeitern im Einzelfall eingeschränkt sein kann, erscheint eine solche Möglichkeit im Interesse des Arbeitszeitschutzes gerechtfertigt. Die Bedingungen, von denen der RAM seine Bewilligung abhängig macht, dürfen jedoch nur Bestimmungen enthalten, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Schutze der AN gegen Gefährdung durch die Dauer der Arbeitszeit stehen[128]. Sie können sich also im wesentlichen nur auf die Lage und Dauer der einzelnen Arbeitszeiträume innerhalb der Gesamtbeschäftigungsdauer, auf Lage, Dauer und Zahl der Pausen,

[127] S. 40.
[128] s. Ausf.Best. zu § 6 AZV.

auf den Ausschluß oder die besondere Berücksichtigung weiblicher oder jugendlicher AN und ähnliches beziehen.

Aehnlich wie der TV die Regelung der AB einer ihm in ihrer Bedeutung gewissermaßen untergeordneten Parteivereinbarung, der BV, überlassen kann, besteht auch im Falle der behördlichen Regelung eine Uebertragungsmöglichkeit der dem RAM zustehenden Befugnisse an eine ihm untergeordnete Behörde. Im Gegensatz aber zum TV, der kraft eigener Machtvollkommenheit, wenn man so sagen will, diese Delegation vornehmen kann, erfolgt sie im Falle der behördlichen Regelung einmal kraft gesetzlicher Zwangsvorschrift (§ 13 AZV), das andere Mal kraft allgemeiner gesetzlicher Ermächtigung (§ 15 AZV), von der der RAM nach eigenem Ermessen Gebrauch machen kann.

Der erste Fall ist beschränkt auf Betriebe und Verwaltungen des Reiches und der Länder, sowie auf Verwaltungen (aber nicht Betriebe!) der Gemeinden und Gemeindeverbände. Unter Verwaltungen können nur die Hoheitsverwaltungen gemeint sein[129], da die Verwaltungen der der AZV unterliegenden staatlichen und kommunalen Betriebe unter die „Betriebe" im Sinne des § 1 AZV zu rechnen sind. Zu den Betrieben und Verwaltungen des Reiches zählt auch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Reichsbank. Ferner fällt darunter, unbeschadet ihrer wirklichen Rechtsstellung, die Reichsbahn, die nach § 16 des Reichsbahn-Gesetzes vom 30. VIII. 1924 die „Sonderstellung in Anspruch nehmen kann, die für die Verwaltungen des Reiches und deren Bedienstete auf dem Gebiet des Arbeitsrechts jeweils besteht".

Wie die Ausf.Best. zu § 13 ausdrücklich betonen, bezieht sich § 13 Abs. 1 auch auf § 2 AZV. Danach steht die dortige Befugnis des RAM den den obengenannten Betrieben und Verwaltungen vorgesetzten Dienstbehörden zu. Der Wortlaut des Gesetzes „steht zu" weist darauf hin, daß ihre Zuständigkeit eine ausschließliche ist, weder der RAM noch nach § 15 von ihm beauftragte Stellen daneben selbständig oder ergänzend einzugreifen berechtigt sind. Die Regelung der AB-Zeiten in diesen Betrieben und Verwaltungen ist dem RAM vollständig entzogen. Innerhalb ihres Dienstbereiches sind die Behörden in der Lage, unter denselben Voraussetzungen und mit derselben Wirkung[130] für die Bereitschaftsarbeiter eine vom § 1 Abs. 2 und 3 abweichende Regelung, d. h. also eine Verlängerung der zulässigen Arbeitsdauer festzusetzen. Insbesondere haben sie die Anhörungspflicht zu erfüllen und die Nachwirkung eines abgelaufenen TV[131] zu beachten. Da die betreffende Behörde jedoch selbst AG ist, beschränkt sich erstere notwendig auf die Einholung der Meinungsäußerung der beteiligten Arbeitnehmerorganisationen. Es taucht an dieser Stelle die Frage auf, ob hier nicht eine Anhörung

[129] so auch Landmann-Rohmer S. 53.
[130] s. unten S. 61 ff.
[131] s. S. 56.

der „beteiligten" gesetzlichen BVertr. genügt. Dafür spricht, daß damit der Zweck der Anhörung, ein Bild der tatsächlichen Arbeitsverhältnisse zu gewinnen, erreicht würde. Dagegen steht der Wortlaut des Gesetzes, der in erster Linie maßgebend ist. Praktisch ist die Entscheidung dieser Frage von keiner Bedeutung. Denn der Fall, daß die Anhörung der beteiligten wirtschaftlichen Vereinigungen den RAM unter Umständen veranlaßt, entsprechend der Tendenz der AZV von einer behördlichen Regelung abzusehen, um auf die Parteien einen Druck zugunsten einer tariflichen Regelung auszuüben, kann hier nicht eintreten. Die betreffende Dienstbehörde ist vielmehr in der Lage, ohne Rücksicht darauf, welches Ergebnis die Anhörung gezeitigt hat, eine behördliche Regelung zu treffen. Zu einer tariflichen Regelung kann sie nicht gezwungen werden, denn sie ist nicht nur beteiligte Partei, sondern in erster Linie ein mit gesetzlichen Befugnissen ausgestattetes staatliches oder kommunales Organ. Die Wahrscheinlichkeit einer einseitigen Anordnung der Behörde ist demnach hier sehr groß. Daraus folgt weiter, daß in solchen Fällen auch die Stellung eines Antrages, die bei einer ministeriellen Regelung als Regelfall bezeichnet wurde, zum Ausnahmefall wird.

Neben dieser zwingenden gesetzlichen besteht die im Ermessen des RAM liegende Delegation des § 15 Abs. 2 AZV. Er kann die ihm durch die Verordnung übertragenen Befugnisse auf eine „andere Stelle" übertragen. Es kann sich hierbei nur um nachgeordnete staatliche Behörden handeln, die der RAM überhaupt mit Aufgaben zu betrauen in der Lage ist. Eine Einschränkung erfährt diese Bestimmung durch die schon behandelte Uebertragung kraft Gesetzes. Auch für diese nachgeordneten Behörden gelten die gesetzlichen Voraussetzungen, an die sich der RAM bei der Regelung der AB selbst zu halten hat. Im Sinne der gesetzlichen Ermächtigung liegt es, daß der RAM befugt ist, die Uebertragung jederzeit zu widerrufen. Doch werden dadurch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die erlassenen Anordnungen der Unterbehörde nicht berührt. Sie bleiben solange in Gültigkeit, als sie nicht aufgehoben oder durch neue Verordnungen des RAM überholt werden.

c) Im Anschluß an die vorstehenden Ausführungen über die Durchführung der tariflichen und behördlichen Regelung ist mit Rücksicht auf diese beiden Möglichkeiten die Frage zu prüfen, in welchem Umfang die eine oder andere durchführbar ist.

Die allgemeine Möglichkeit einer Verlängerung der Arbeitszeit auf Grund des § 2 hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Praktisch wird sie, worauf Potthoff (S. 42) hinweist, für Gewerbezweige allein überhaupt nicht getroffen werden können, da für die gesamte AN-schaft eines Gewerbezweiges die Voraussetzungen des § 2 AZV nie vorliegen dürften. Den Regelfall wird immer die schon erwähnte Kombination einer Festsetzung der AB-Zeit für gewisse AN-Gruppen in bestimmten Gewerbezweigen bilden.

Die Möglichkeit einer tariflichen Regelung ist unter diesem Gesichtspunkt offenbar relativ unbegrenzt. Der TV kann sowohl für sämtliche Berufsgruppen aller Gewerbezweige innerhalb des gesamten Reichsgebietes, wie für eine Berufsgruppe in einem Einzelbetrieb die AB berücksichtigen. Dazwischen sind alle überhaupt denkbaren Formen möglich. Voraussetzung ist nur, daß sich jeweils tariffähige Vereinigungen gegenüberstehen, die berechtigt sind, einen Berufskreis in einem bestimmten räumlichen Umfang zu vertreten. Je nach dem Geltungsgebiet handelt es sich um Reichs-, Landes-, Bezirks-, Orts- oder Werkstarife.

Demgegenüber ist man geneigt, bei einer durch den RAM im Verordnungs- oder Verfügungswege erlassenen Bestimmung nur an eine einheitliche Regelung für das gesamte Reichsgebiet zu denken[132]. Theoretisch besteht jedoch nach dem Wortlaut des Gesetzes auch für den RAM die Möglichkeit einer räumlichen Beschränkung seiner Anordnung auf Berufsgruppen („AN-Gruppen") bestimmter Gewerbe, ja sogar herab bis auf den Einzelbetrieb, wie ja auch die Zulässigkeit einer Anrufung des RAM durch einen einzelnen AG bejaht werden muß. Auch hier sind demnach alle überhaupt denkbaren Formen zwischen einer Regelung für das gesamte Reichsgebiet und den Einzelbetrieb möglich. Beachtlich ist jedoch ein von Landmann-Rohmer (S. 18) betonter Gesichtspunkt. Der RAM wird im Interesse der AG wie der AN-schaft eine durch seine Regelung unter Umständen bedingte Verschiebung der Wettbewerbsverhältnisse vermeiden müssen. Das kann ihn im Einzelfall zur Ablehnung eines für ein räumlich oder beruflich begrenztes Gebiet gestellten Antrags veranlassen.

4. a) Im Laufe dieser Arbeit wurde schon mehrfach[133] auf den Schutzcharakter des Arbeitszeitrechtes hingewiesen. Nach überwiegender Meinung enthält deshalb die AZV als Hauptbestandteil des AN-Schutzrechtes vornehmlich Normen öffentlichen Rechts. Nur in einigen Beziehungen wurde aus wirtschaftlichen Rücksichten nicht nur die rein öffentlich-rechtliche Seite des Arbeitszeitrechts geordnet, sondern auch in das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander regelnd eingegriffen[134]. Rein privatrechtlicher Natur ist vor allem der durch Gesetz vom 14. IV. 1927 neu eingefügte § 6a über die Ueberstundenentlohnung. Im übrigen wollte aber die AZV entsprechend ihrer Zweckbestimmung grundsätzlich nur öffentlich-rechtliche Schutzbestimmungen für die Beschäftigung fremder Arbeitskraft schaffen. Von Potthoff ist mehrmals[135] die AZV treffend als Arbeits s c h u t z gesetz und nicht als Ar-

[132] s. Potthoff S. 42.
[133] vgl. insbes. § 5.
[134] s. Reg.Begr. zur AZV.
[135] vgl. z. B. Kommentar S. 14 ff. und NZfAR 1925 Sp. 579 ff.

beits z w a n g s gesetz charakterisiert worden. Diese Auffassung ist heute zur herrschenden geworden. Sie wird kräftig unterstützt durch den im März dieses Jahres vom vorläufigen RWR verabschiedeten ASchGE, der die Streitfrage, ob die Arbeitszeit-Normen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind, in letzterem Sinn entschieden hat[136]. Dieser Grundgedanke muß auch bei der Beurteilung der Vorschriften der AZV berücksichtigt werden, da er zweifellos auch hier schon in der Absicht des Gesetzgebers lag. Die AZV hat, wie bereits erwähnt, in ihrem § 1 eine durch die Strafbestimmung des § 11 geschützte öffentlich-rechtliche Höchstgrenze für die Arbeitsdauer geschaffen, die jedoch durch Ausnahmebestimmungen verschiedentlich durchbrochen ist. Die Befugnis zu einer dauernden Ueberschreitung des Achtstundentags blieb TVen und behördlicher Anordnung überlassen (§§ 2, 5, 6 AZV). Sie können an Stelle der Höchstarbeitszeit des § 1 eine (für die Fälle der §§ 5 und 6 durch § 9 auf zehn Stunden begrenzte) andere Höchstgrenze für die zeitliche Ausdehnung der Beschäftigung der AN schaffen. Diese kraft TV oder Behördenanordnung festgesetzte Höchstarbeitszeit tritt „an Stelle der Vorschriften des § 1" (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 AZV), bildet also die „regelmäßige werktägliche Arbeitszeit" im Sinne des § 1. Die jeweilige Festsetzung einer von § 1 Satz 2 und 3 abweichenden Regelung bedeutet demnach grundsätzlich nur eine Erweiterung der öffentlich-rechtlichen Schranken für die Beschäftigungsdauer. In dem hier behandelten Fall des § 2 AZV ist jedoch trotz dieser allgemeinen Rechtsnatur der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften noch keineswegs entschieden, ob die in seinem Rahmen festgesetzte Arbeitszeit n u r von öffentlich-rechtlicher Wirkung ist. Bei der Lösung dieser Frage ist in erster Linie zu unterscheiden, ob die Regelung erfolgt durch Tarifvereinbarung oder Behördenanordnung.

b) Tarifliche Bestimmungen über die Arbeitszeit fallen unter den normativen Teil eines TV[137]. Sie sind „bestimmt und fähig in die Einzelarbeitsverträge inhaltlich überzugehen". Der Uebergang vollzieht sich unmittelbar kraft der Unabdingbarkeit der Tarifnormen. Das hat die Wirkung, daß alle unter dem Geltungsbereich des TV abgeschlossenen Arbeitsverträge keinen anderen Inhalt haben können, als der TV vorschreibt[138]. Somit ergibt sich, daß eine tarifvertraglich für die AB festgesetzte Arbeitszeit bindendes Arbeitsvertragsrecht wird, der AN demnach verpflichtet ist, die tarifliche Arbeitszeit abzuleisten. Dasselbe gilt auch für die Regelung der AB-Zeit durch eine BV gemäß § 5 Abs. 2 AZV. Denn da die delegierte Betriebsnorm, die ihre Rechtsgrundlage in dem delegierenden TV hat, der Tarifnorm

[136] s. Reg.Begr. zum AschGE S. 36 ff.
[137] s. S. 45.
[138] s. die Ausführungen auf S. 45 ff.

rechtlich völlig gleichgestellt ist[139], muß ihr auch dieselbe rechtliche Wirkung auf die AVe wie der Tarifnorm zuerkannt werden. Beide, der TV wie die tarifgebundene BV erweitern nicht nur die gesetzliche Maximalarbeitszeitgrenze, sondern verpflichten kraft ihrer unabdingbaren Normen gleichzeitig den AN zur Leistung der Mehrarbeit auf Grund des „tarifmäßig gestalteten" (Kaskel) AV[140]. Unter Berücksichtigung der rechtlichen Natur des TV als eines privatrechtlichen Vertrags kann man sagen: die Hauptwirkung der tariflich geregelten Arbeitszeit ist die privatrechtliche Verpflichtung zur Leistung der vereinbarten Mehrarbeit. Als Nebenwirkung kommt hinzu die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der im TV (bzw. der BV) bestimmten Höchstgrenze. Denn diese folgt nicht unmittelbar aus dem TV als solchem, sondern ist ihm erst durch das Gesetz (§§ 2, 5 AZV) und nur für diejenigen Bestimmungen, die sich auf die Arbeitszeit beziehen, verliehen.

c) Wesentlich anders ist der Fall einer behördlichen Regelung zu beurteilen. Sie kann naturgemäß grundsätzlich nur die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit einer Mehrarbeit bestimmen. Die durch den RAM festgesetzte Arbeitszeit ist Höchstarbeitszeit im Sinne des § 1, innerhalb deren Grenzen der AG AN straflos beschäftigen kann. So wenig wie die Vorschrift des § 1 AZV als solche eine Verpflichtung des AN, acht Stunden zu arbeiten, einerseits, einen Anspruch des AG auf achtstündige Arbeitsleistung andererseits begründet, so wenig kann dies die behördlich festgesetzte, gesetzlich zulässige Arbeitszeit. Es ist wohl möglich, daß an sich dem öffentlichen Recht angehörende Rechtssätze gleichzeitig auch privatrechtliche Wirkung haben[141]. Der Wortlaut des § 2 läßt jedoch eine solche Möglichkeit nicht zu. Er drückt im Gegenteil klar aus, daß durch den RAM „eine abweichende Regelung getroffen werden kann", eine Regelung nämlich, die den Achtstundentag für Bereitschaftsarbeiter außer Kraft und an dessen Stelle eine andere „regelmäßige werktägliche Arbeitszeit" setzt. Nichts läßt darauf schließen, daß diese Arbeitszeit der Bereitschaftsarbeiter nicht nur eine öffentlich-rechtliche Grenze bildet, sondern gleichzeitig eine Leistungsverpflichtung des AN enthält. Es kann sich also im hier zu behandelnden Fall nicht um die Streitfrage[142] handeln, ob die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der AZV auch unmittelbar privatrechtliche Wirkung haben, sondern nur darum, wie die durch den RAM nach § 2 zugelassene öffentlich-rechtliche Höchstarbeitszeit privatrechtliche Wirkung erlangen kann.

Rechtliche Grundlage für jede Arbeitsleistungspflicht des AN und für jeden Anspruch auf Arbeitsleistung seitens des AG ist

[139] s. S. 48.
[140] s. Erdmann S. 75/76; Potthoff S. 45 und 68; Klehmet S. 54; Wölbling-Riese S. 38; Landmann-Rohmer S. 26; Leipart S. 25; Neitzel S. 19/20.
[141] so verschiedene Bestimmungen der RGewO.
[142] s. Jäkel S. 67 ff. mit ausführlichen Literaturangaben.

der Arbeitsvertrag (§ 611 BGB; § 1 Arbeitsvertragsgesetzentwurf). Nur auf Grund und im Rahmen der Bestimmungen des AV ist der AN zur Arbeitsleistung verpflichtet und nur insoweit hat der AG Anspruch auf Arbeitsleistung. Die vom RAM festgesetzte Arbeitszeit kann demnach grundsätzlich nur dann verpflichtende Wirkung haben, wenn sie auch im AV in irgendeiner Weise ausbedungen ist. Dies kann bereits vorher erfolgen, indem der AN vertraglich verpflichtet wird, jede oder eine bestimmte nach der AZV erlaubte Mehrarbeit zu leisten, oder nachher, indem nach Maßgabe der behördlich zugelassenen Mehrarbeit neue AVe nach Aufkündigung der alten abgeschlossen werden. Einer solchen Vereinbarung bedarf es grundsätzlich, um die behördlich zugelassene Arbeitszeit mit privatrechtlicher Wirkung auszustatten. Diese Vereinbarung braucht aber keine ausdrückliche zu sein. Sie kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch stillschweigend zustande kommen. Wenn z. B. die AN die vom RAM festgesetzte Arbeitszeit tatsächlich ableisten, muß angenommen werden, daß sie durch dieses Verhalten ihr Einverständnis mit der neuen Beschäftigungsdauer bekunden. Dabei ist es unwesentlich, ob der Einzelne wußte, daß er in Wirklichkeit auf Grund einer behördlichen Anordnung noch gar nicht zur Mehrarbeit verpflichtet war, oder nicht. Das Verhalten allein genügt, um als konkludente Handlung eine wirksame Vereinbarung herbeizuführen. Wenn das nicht geschieht, bliebe nur der erwähnte Fall einer Kündigung der alten und des Abschlusses neuer AVe. Dies ist in der Praxis heute nur sehr schwer durchführbar. Dadurch würde eine behördliche Regelung unter Umständen zur Wirkungslosigkeit verurteilt. Es ist deshalb die Frage aufzuwerfen, ob im Fall des § 2 eine stillschweigende Vereinbarung nicht schon allein in der behördlichen Anordnung, gewissermaßen als Nebenwirkung, zu sehen ist. Eine solche kann ohne Bedenken unterstellt werden in dem Fall, in dem der RAM auf einen Antrag beider Parteien oder einer Partei mit Einverständnis der andern hin die Arbeitszeit festgesetzt hat. Denn wenn die Parteien an sich schon mit übereinstimmendem Willen den RAM zum Erlaß einer Anordnung aufgefordert haben, so kommt damit zum Ausdruck, daß sie bereit sind, die neugeregelte Arbeitszeit für verbindlich anzuerkennen. Dieser Willenskonsens zur Herbeiführung einer behördlichen Regelung kann nicht anders als vorherige stillschweigende Vereinbarung gewertet werden, die nunmehrige Mehrarbeit auch abzuleisten. Das Gleiche gilt für den Fall, daß der RAM versäumt hat, die Parteien zu hören, diese aber seine getroffene Anordnung ausdrücklich oder stillschweigend „genehmigen“[143]. Mit dieser nachträglichen Anerkennung seitens der Parteien kommt noch deutlicher zum Ausdruck, daß sie gewillt sind, die in der Verordnung festgesetzte Arbeitszeit im Sinne einer Verpflichtung zur Arbeitsleistung anzuerkennen.

[143] s. S. 55.

Wie ist nun die Rechtslage, wenn keiner der eben behandelten Fälle vorliegt? Der Zustand, daß eine Verordnung des RAM, die auf Grund einer Gesetzesnorm erlassen ist, deren Zweck dahin geht, die gesetzliche Grundlage für einen im Interesse der AN-schaft wie der AG-schaft besonders ausnahmebedürftigen Fall zu schaffen, dadurch zur rechtlichen Wirkungslosigkeit verurteilt ist, daß sich eine der Parteien weigert, sich zur Arbeit im Rahmen der behördlich festgesetzten und erlaubten Beschäftigungsdauer zu verpflichten, erscheint unbefriedigend. Dies käme in den letzten Konsequenzen darauf hinaus, daß alle Ausnahmebestimmungen vom Achtstundentag illusorisch wären. Das würde der Tendenz der AZV, im Interesse einer volkswirtschaftlich notwendigen Steigerung und Verbilligung der Produktion Ausnahmen vom strengen Achtstundentag zu ermöglichen[144], vollkommen widersprechen. Zu einer befriedigenden Lösung der gestellten Frage gelangt man, wenn man die Vorschrift des § 2 im engsten Zusammenhang – der ja auch tatsächlich besteht – mit dem § 1 betrachtet. Die Normalarbeitszeit des § 1 kommt immer dann in Frage, wenn keine der im Gesetz vorgesehenen Ausnahmearbeitszeiten vereinbart sind. Bis zu acht Stunden – von den „negativen" Ausnahmefällen gesundheitsgefährdender Betriebe abgesehen – ist der AG immer berechtigt, seine AN zu beschäftigen. Dies muß auch dann gelten, wenn aus irgendwelchen Gründen eine vertragliche Regelung der Arbeitszeit überhaupt nicht vorliegt oder nichtig ist. Da allein schon auf Grund tatsächlicher Beschäftigung der AN-Schutz des Arbeitsrechts Anwendung finden muß[145], so muß andererseits verlangt werden, daß der AN, nicht auf Grund Gesetzes, wohl aber einer stillschweigenden Vereinbarung verpflichtet ist, jederzeit bis zu acht Stunden täglich Arbeit zu leisten: der Normalarbeitstag des § 1 ist die „übliche" Arbeitszeit, deren Ableistung der AG auch dann verlangen kann, wenn eine Arbeitspflicht vertraglich nicht begründet ist; er gilt in Anwendung der §§ 157, 242 und 612 Abs. 2 BGB als stillschweigend vereinbart[146]. Ebenso verhält es sich mit § 2. Wie § 1 neben seiner öffentlich-rechtlichen Bedeutung die übliche, stillschweigend vereinbarte Arbeitszeit für Vollarbeiter enthält, so enthält § 2 die übliche, stillschweigend vereinbarte Arbeitszeit für Bereitschaftsarbeiter. Daß die Höhe der Arbeitszeit für Bereitschaftsarbeiter jeweils erst im Bedarfsfalle bestimmt wird, ist insofern ohne Bedeutung. Ist sie festgesetzt, dann gilt sie als übliche Arbeitszeit in dem hier gebrauchten Sinn für alle diejenigen, für die sie festgesetzt ist. Dabei bleibt der öffentlich-rechtliche Charakter des § 2 unangetastet. Nicht das Gesetz als solches enthält eine Arbeitsverpflichtung, diese ergibt sich vielmehr daraus, daß die übliche Arbeitszeit, für die es Normen aufstellt, immer dann als still-

[144] s. Reg.Begr. zur AZV.
[145] s. auch Potthoff, NZfAR 1925 Sp. 582; Jäkel S. 24; Potthoff S. 27.
[146] s. auch Kaskel S. 114; Hueck-Nipperdey S. 137/138.

schweigend vereinbart gilt, wenn nicht irgendeine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt. Diese Auffassung erfordert der Grundsatz von Treu und Glauben. Der AG, dem das Gesetz die Möglichkeit zur Ueberschreitung des Achtstundentags gibt, soll dagegen geschützt sein, daß der AN sich weigert, eine vertragliche Verpflichtung zur Leistung gesetzlich erlaubter Mehrarbeit einzugehen. Diese Nebenwirkung legt Kaskel[147] den Ausnahmevorschriften der AZV ganz allgemein bei; er vertritt die Auffassung, daß „bei der Bedeutung, die alle Parteien sowie der Gesetzgeber der Zulässigkeit einer verlängerten Arbeitszeit beigelegt haben, als stillschweigend vereinbart gelten darf, daß der AG die nunmehr gesetzlich zugelassene Arbeitszeit (d. h. die Mehrarbeit) auch voll ausnützen darf, daß daher der AN sich bis zu dieser gesetzlich zulässigen Höchstdauer der Arbeitszeit verpflichten will, soweit ein solches Recht des AG nicht vertraglich ausgeschlossen ist"[148]. Wenn demnach der AV eine Bestimmung des Inhalts, daß alle oder eine bestimmte in der AZV vorgesehene Mehrarbeit nicht geleistet werden soll, nicht enthält, ist der AN aus den oben entwickelten Gründen zur Leistung der auf Grund des § 2 zugelassenen Mehrarbeit verpflichtet. Wenn man dazu noch berücksichtigt, daß eine behördliche Anordnung des RAM nur in tatsächlich gerechtfertigten Fällen erfolgen dürfte und der Neuabschluß von AVen unter Umständen zu erheblichen Schwierigkeiten und Streitigkeiten Anlaß geben könnte, wird man dieser Auffassung unbedenklich folgen können.

Das hier ausgeführte gilt sinngemäß für jede oben behandelte behördliche Regelung, also nicht nur für den RAM, sondern auch für die nach § 13 AZV kraft Gesetzes und nach § 15 AZV vom RAM kraft gesetzlicher Ermächtigung delegierten Stellen.

Im Gegensatz zu der tariflichen Regelung der AB kann man somit hier sagen: die Hauptwirkung der behördlichen Regelung ist die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der angeordneten Arbeitszeit. Als Nebenwirkung kommt hinzu die privatrechtliche Verpflichtung zur Leistung der angeordneten Mehrarbeit, die sich jederzeit mangels einer ausdrücklichen aus einer stillschweigenden Vereinbarung ergibt, welche darin liegt, daß die jeweils behördlich erlaubte Arbeitszeit nach § 2 AZV als „übliche" Arbeitszeit gilt[149].

5. a) Es wurde schon betont, daß die AZV den TVen grundsätzlich Freiheit in der Regelung der Arbeitszeit vorbehalten hat[150]. Dieser Grundsatz erleidet jedoch eine Beschränkung unter dem

[147] Arbeitsrecht S. 114.

[148] zit. nach Jäkel, S. 73 Note 124. (Kaskel, Neuerungen im Arbeitsrecht, Berlin 1924, S. 22)

[149] s. auch Hueck-Nipperdey S. 137, Note 20 und 21; Urteil des LAG Frankfurt a. O. v. 29. IX. 1927, in Bensh. Samml. Bd. I Nr. 128 LAG S. 364 ff.

[150] § 5 Abs. 1 AZV und Ausf.Best. zu § 5.

Gesichtspunkt, daß vor allem auch der Staat ein Interesse an einem weitgehenden Schutz der Arbeitskraft hat. Deshalb hat der Gesetzgeber für eine Einwirkungsmöglichkeit staatlicher Organe auf die den Tarifparteien überlassenen Arbeitszeitvereinbarungen Sorge getragen. Zu diesem Zweck sieht er ein Beanstandungsrecht der obersten Landesbehörde bzw. des RAM in solchen Fällen vor, in denen die tariflichen Bestimmungen über die Arbeitszeit mit dem Sinne des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes unvereinbar sind (§ 5 Abs. 2 und 4 AZV). Das Beanstandungsrecht ist beschränkt auf nicht für allgemein verbindlich erklärte TVe. Dies liegt darin begründet, daß vor der Allgemeinverbindlicherklärung bereits eine Prüfung der Tarifbestimmungen durch den RAM stattgefunden hat. Bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 5 auf TVe gemäß § 2 erscheint die ausdrückliche Erwähnung des § 2 in der zu behandelnden Vorschrift des § 5 überflüssig, zudem jeder die AB regelnde TV „Bestimmungen über die Arbeitszeit" enthält. Der Grund, warum trotzdem § 5 Abs. 2 ausdrücklich die TVe nach § 2 aufführt, wurde schon oben[151] erwähnt.

Voraussetzung für die Beanstandung ist, daß die Bestimmungen des TV über die Beschäftigungsdauer dem Sinn des öffentlichen Arbeitnehmerschutzes widersprechen. Das ist im Fall des § 2 von besonderer Bedeutung. Denn § 2 sieht keine ausdrückliche Höchstgrenze für die Beschäftigungsdauer vor. Es liegt demnach gerade hier die Gefahr einer Festsetzung überlanger Arbeitszeiten vor, die mit dem Sinn des sozialen Arbeitnehmerschutzes, nämlich einer pfleglichen Verwertung der Arbeitskraft besonders hinsichtlich der Dauer der Beschäftigung, unvereinbar sein können. Ein unmittelbarer Verstoß gegen eine gesetzliche Höchstgrenze kann im Falle des § 2 nur dann akut werden, wenn es sich um weibliche oder jugendliche AN handelt. Denn der TV gemäß § 2 kann wohl für männliche AN den Achtstundentag theoretisch unbegrenzt nach oben überschreiten, nicht jedoch kann er die zwingenden Vorschriften der §§ 135 ff. RGewO über die zulässige Beschäftigungszeit für Kinder, Jugendliche und Frauen wirksam abdingen. In einem solchen Fall wäre er als gegen ein gesetzlich Verbot verstoßend gemäß § 134 BGB an sich schon nichtig und eine Beanstandung deshalb überflüssig. Die Grenze für die Beschäftigung jugendlicher und weiblicher AN nach der RGewO beträgt zehn Stunden täglich. Soweit diese unter die AZV als das spätere Gesetz fallen, ist sie durch die Normierung des Achtstundentages überholt, nicht jedoch, wenn § 2 einschlägig ist. Daraus versteht sich die besondere Erwähnung der Schutzbedürftigkeit der Frauen und Jugendlichen in der Vorschrift des § 5 Abs. 2. Auch bei der Nichtüberschreitung der Zehnstundengrenze, die für Tarife nach § 5 durch § 9 AZV und §§ 135 ff. RGewO, für Tarife nach § 2 durch §§ 135 ff. RGewO allein gegeben ist,

[151] s. S. 41.

kann schon ein Verstoß gegen den Sinn des öffentlichen AN-Schutzes hinsichtlich der Frauen und Jugendlichen liegen. Denn im Falle der AB ist schon im allgemeinen, ganz besonders aber, wenn es sich um Frauen und Jugendliche handelt, der Umfang ihrer Erheblichkeit zu beachten, m. a. W. das Verhältnis von Vollarbeits- zu Bereitschaftsperioden. Ist dieses ein für die Arbeitskraft günstiges, d. h. ist der Umfang der Gesamtvollarbeitszeit zu dem der Gesamtbereitschaftsarbeitszeit gering, so wird auch eine Ueberschreitung der Zehnstundengrenze für männliche AN bzw. deren Ausfüllung für jugendliche und weibliche AN noch nicht dem Sinn des öffentlich-rechtlichen AN-Schutzes widersprechen. Andererseits kann bei einem ungünstigen Verhältnis schon die Ausfüllung der Zehnstundengrenze mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Frauen und Jugendlichen unvereinbar sein, für erwachsene männliche AN eine Ueberschreitung derselben. In normalen Verhältnissen wird auch für die Arbeitszeit der männlichen AN im Falle des § 2 der zehnstündige Arbeitstag eine gewisse Rolle spielen, der in § 9 AZV für alle Ausnahmen vom Achtstundentag, die seine Ueberschreitung zulassen – ausgenommen § 2 –, normiert ist. Allgemein wird man sagen können, daß eine Bestimmung über die Arbeitszeit dann mit dem Sinn des öffentlich-rechtlichen AN-Schutzes unvereinbar ist, wenn sie, abgesehen von allen gesetzlich zugelassenen Höchstgrenzen, seinem Zweck, dem AN aus sozialen, hygienischen und kulturellen Gründen genügend Freizeit zu lassen, widerspricht.

Die Beanstandung solcher Tarifbestimmungen seitens der Behörde hat keinerlei rechtliche Wirkung[152]. Vor allem führt sie nicht deren Unwirksamkeit herbei. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 5, nachdem die Behörde „selbst Bestimmungen über die zulässige Dauer der Arbeitszeit treffen kann", wenn die beanstandeten „nicht innerhalb einer von ihr gesetzten Frist geändert werden". Diese Vorschrift wäre bei einer durch die Beanstandung begründeten Unwirksamkeit der Tarifnormen überflüssig. Denn entweder wären die Parteien dann gezwungen, neue Vereinbarungen zu treffen mit einem Inhalt, der eine nochmalige Beanstandung ausschließt, oder es würde, falls keine neue tarifliche Bestimmung getroffen wird, an die Stelle der beanstandeten tariflichen Arbeitszeit die gesetzliche Arbeitszeit nach § 1 treten. Beides zu verhindern, indem die Behörde Bestimmungen treffen soll, hätte der Gesetzgeber kein Interesse gehabt. Soweit wollte er aber in das Verhältnis der Parteien nicht eingreifen. Und tatsächlich soll die Behörde mit neuen Bestimmungen ja nur unter der Bedingung eingreifen, daß die Tarifparteien keine Aenderung der beanstandeten herbeiführen. Aus dem Gesetzeswortlaut folgt also mit aller Deutlichkeit, daß die Tarifnormen wirksam bleiben. Eine an sich schon unwirksame Tarifnorm braucht nicht erst ab-

[152] ebenso Erdmann S. 83 ff.; Potthoff S. 73 ff.; Landmann-Rohmer S. 27 ff.; Neitzel S. 20; Syrup, Anm. zu § 5.

geändert zu werden. Auch aus der vorgeschriebenen Fristsetzung seitens der Behörden kann keine Unwirksamkeit nach Ablauf der Frist konstruiert werden[153]. Sie kann nur den Sinn haben, daß entsprechend der Tendenz der AZV, dem TV Vorrang vor der behördlichen Anordnung zu geben, ein Zwang auf die Tarifparteien zum Abschluß neuer, mit dem Zweck des öffentlichrechtlichen AN-Schutzes vereinbarer Arbeitszeitbestimmungen ausgeübt werden soll. Denn was schon oben über die Folgen einer unmittelbar durch die Beanstandung bewirkten Unwirksamkeit gesagt wurde, gilt auch hier. Der Gesetzgeber will den Abschluß neuer tariflicher Vereinbarungen nicht vereiteln, noch weniger das Einschlagen des § 1 AZV verhindern. Er will lediglich den Abschluß mit dem Sozialschutz zu vereinbarender Arbeitszeitbestimmungen garantiert sehen, ohne selbst einem solchen hinderlich zu sein. Nur wenn sich die Parteien weigern sollten, beanstandete Bestimmungen abzuändern, tritt die in erster Linie gewissermaßen als Bedrohung tariflicher Freiheitsrechte gedachte behördliche Festsetzungsmöglichkeit ein. Denn, wenn das Gesetz auch nur eine Kannvorschrift aufstellt, so muß man doch annehmen, daß die Behörde, da ihr die Tarifnormen schon beanstandungsbedürftig erschienen sind, auch von ihrem Recht vollständig Gebrauch macht und im Falle der Weigerung der Parteien selbst Bestimmungen trifft.

Diese Ausführungen gelten entsprechend für BVen, denen auf Grund des § 5 Abs. 3 AZV „Befugnisse" des TV übertragen wurden. Wenn das Gesetz auch nur von „Tarifverträgen" spricht, so müssen darunter auch die BVen verstanden werden, die an die Stelle von TVen getreten sind. Ihre Normen stehen Tarifnormen rechtlich gleich[154]. Und da es sich bei der Beanstandung nach § 5 Abs. 2 nicht um die Beanstandung des ganzen TV, sondern lediglich derjenigen „Bestimmungen über die Arbeitszeit", die sozialwidrig sind, also um einen Teil seiner Normen, handelt, sind darunter auch die („Tarif"-) Normen zu zählen, deren Festsetzung die BV für den TV übernommen hat. Die Gleichstellung von TV und delegierter BV muß hier auch aus einer praktischen Erwägung angenommen werden. Wollte man nämlich die Bestimmungen einer BV dem Beanstandungsrecht der Behörde nicht unterwerfen, dann könnte durch die Delegationsmöglichkeit der Zweck der Beanstandung, mit den Grundsätzen des AN-Schutzes unvereinbaren arbeitszeitlichen Bestimmungen den Weg zu versperren, ohne weiteres umgangen werden. Das lag sicher nicht im Sinne des Gesetzgebers.

Es ist aber hier auf eine Besonderheit hinzuweisen, die in dem Fall vorliegt, daß der TV für die BV Rahmenbestimmungen gegeben hat, die von der BV voll ausgefüllt, von der Behörde beanstandet und den Parteien daraufhin abgeändert worden sind. Ist

[153] a. M. Klehmet S. 51; Wölbling-Riese S. 41.
[154] s. S. 48 ff.

diese Beanstandung und Abänderung von Einfluß auf die Normen der BV? Die Beanstandung offenbar nicht; denn diese kann immer nur diejenigen Bestimmungen treffen, die ausdrücklich als beanstandet bezeichnet werden. Anders bei der Abänderung. Diese kann dem Sinn der behandelten Vorschrift entsprechend nur in einer Einengung des früheren Rahmens des TV bestehen. Dies hat zur Folge, daß die Bestimmungen der BV nun die tariflichen Rahmenbestimmungen überschreiten. Dazu ist die BV nicht befugt; das würde dem Wesen der Delegation wie dem an früherer Stelle schon behandelten § 66 Ziff. 5 BRG widersprechen. Solche Bestimmungen sind tarifwidrig und nichtig. Denn sie verstoßen gegen eine von den Tarifparteien kraft ihrer autonomen Rechtssetzungsbefugnis vereinbarte objektive Rechtsnorm. Die Abänderung der Tarifnormen bewirkt also gleichzeitig Nichtigkeit der auf ihr beruhenden Betriebsnormen. Die Nichtigkeit kann sich jedoch nur soweit erstrecken, als die Bestimmungen über den neuen, mit dem AN-Schutz zu vereinbarenden Rahmen des TV hinausgehen. Denn es muß angenommen werden, daß die Parteien, wenn sie sich der Sozialwidrigkeit ihrer Tarifbestimmungen bewußt gewesen wären, eine Arbeitszeit tariflich vereinbart hätten, die mit dem Sinne des sozialen Schutzrechts nicht in Widerspruch gestanden wäre. In diesen Grenzen hätte sich dann auch die BV gehalten; sie wäre von beiden Parteien auch ohne den nunmehr nichtigen Teil abgeschlossen worden. Das muß auch nach der Beanstandung und Abänderung des Tarifrahmens noch unterstellt werden. Deshalb bleibt gemäß § 139 BGB die BV mit ihrem den sozialen Forderungen entsprechenden Teil bestehen.

b) Dem behördlichen Beanstandungsrecht gegenüber der tariflichen Regelung kann rein äußerlich ein subjektiv-öffentliches Beschwerderecht gegenüber der behördlichen Regelung entgegengestellt werden. Dieses ist in § 6 Abs. 3 AZV gegenüber behördlichen Arbeitszeitanordnungen gegeben, soweit sie nicht vom RAM oder einer obersten Landesbehörde erlassen sind. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 6 auf § 2 wurde schon nachgewiesen. Es besteht keine Veranlassung, davon das Beschwerderecht des Abs. 2 auszuschließen. Rechtliche Hindernisse stehen nicht entgegen; denn nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen kann jeder, dessen rechtliches Interesse durch die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde beeinträchtigt oder verletzt ist, den Beschwerdeweg beschreiten. In unserem Falle kann kein Unterschied gemacht werden, ob sich die Beschwerde gegen eine Anordnung richtet, die die Arbeitszeit für Vollarbeiter, oder eine solche, die sie für Bereitschaftsarbeiter regelt. Es wäre nicht gerechtfertigt, die Beschwerdemöglichkeit für die Fälle auszuschließen, in denen die Behörde die AB regelt. In seiner Anwendung auf § 2 ist der Abs. 2 des § 6 allerdings von untergeordneter Bedeutung, da die Regel ist, daß der RAM Bestimmungen über die AB-Zeit trifft, eine Beschwerde gegen die oberste Reichsbehörde

aber nicht möglich ist. Gebrauch gemacht werden kann von dem Beschwerderecht nur, wenn der RAM seine Delegationsermächtigung ausgeübt hat, wobei auch hier noch die Beschränkung gilt, daß gegen eine Anordnung der obersten Landesbehörde nicht etwa eine Beschwerde an den RAM zulässig ist. In Frage kommen können als Beschwerdegegner also nur mittlere und untere Verwaltungsbehörden, denen die Befugnisse des RAM übertragen worden sind.

Die Beschwerde ist eine förmliche Verwaltungsbeschwerde, die nach allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Beschwerderechts an die Behörde zu richten ist, welche derjenigen, die die Anordnung erlassen hat, übergeordnet ist. Um welche Oberbehörde es sich handelt, bestimmt sich nach dem Verwaltungsrecht der einzelnen Länder. Eine weitere Beschwerde ist nach dem Wortlaut des § 6 nicht gegeben: die vorgesetzte Behörde „entscheidet endgültig". Sie kann jedoch die Beschwerde nicht ohne weiteres zurückweisen, sondern ist zur Nachprüfung der angefochtenen Anordnung nach der rechtlichen wie nach der tatsächlichen Seite hin verpflichtet[155]. Die Beschwerde ist weder an eine Form noch an eine Frist gebunden. Sie kann „jederzeit" erhoben werden, also gleichgültig, wie lange die behördlich angeordnete Arbeitszeitregelung schon durchgeführt war. Dies ist insofern von Bedeutung, als sich unter Umständen schädliche Auswirkungen der Arbeitszeit erst nach längerer Zeit bemerkbar machen; dann soll immer noch die Möglichkeit gegeben sein, gegen die Anordnung im Wege der Beschwerde vorzugehen. Beschwerdeberechtigt ist, da das Gesetz keine besonderen Bestimmungen darüber getroffen hat, jeder unmittelbar Betroffene, der sich durch die Anordnung beschwert fühlt. Das können in diesem Fall nur die AG und AN sein, für die die Arbeitszeitregelung gilt, und zwar nicht nur die in Frage kommenden Organisationen, sondern jeder einzelne AG und jeder einzelne AN. Praktisch wird die Beschwerde eines Einzelnen allerdings ohne Erfolg bleiben, wenn die Organisationen mit der Regelung einverstanden sind. Durch die Erhebung der Beschwerde wird die Durchführung der bereits getroffenen Anordnung nicht gehemmt; denn nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Wenn der AG mit der behördlichen Anordnung nicht zufrieden ist, besteht für ihn allerdings kein Zwang, von ihr Gebrauch zu machen. Denn wie schon ausgeführt wurde, hat jede behördliche Festsetzung von Mehrarbeit grundsätzlich nur öffentlich-rechtliche Wirkung. Da die behördliche Regelung nur getroffen werden kann, wenn eine tarifliche Arbeitszeit nicht vorliegt, stehen ihm als zulässiger Rahmen, innerhalb dessen er seine AN beschäftigen kann, allerdings nur § 1 AZV, also der Achtstundentag, und diejenigen Ausnahmemöglichkeiten der AZV zur Verfügung, die ihm allein (§§ 1 Satz 3; 3, 4, 10) die Festsetzung einer höheren Arbeitszeit gestatten. Die

[155] Fleiner S. 231.

Gründe, auf die die Beschwerde gestützt werden kann, können tatsächlicher wie rechtlicher Natur sein; sie können nicht nur durch den Hinweis auf die Begründung des Antrags, der die angefochtene Entscheidung veranlaßt hat, sondern auch durch das Vorbringen neuer Beweismittel und Anträge im weitesten Umfang gestützt sein[156]. An tatsächlichen Gründen können z. B. vorgebracht werden, daß die betrieblichen Verhältnisse entgegen dem Antrag nicht in genügendem Maße berücksichtigt worden seien; daß umgekehrt die getroffene Anordnung bezüglich der festgesetzten Arbeitszeit zu weitgehend sei. In rechtlicher Hinsicht können alle Einwendungen gemacht werden, die sich aus einer Außerachtlassung der Voraussetzungen des § 2 ergeben, z. B. daß schon eine tarifliche Regelung zu Recht bestehe, oder daß die Anhörungsvorschrift nicht beachtet worden sei. Die Folgen der Beschwerde können entweder in einer Bestätigung der Anordnung der Unterbehörde oder in der Abänderung oder Aufhebung derselben bestehen.

6. Zum Schlusse dieses Paragraphen ergibt sich noch die Notwendigkeit, auf die Frage einzugehen, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn die tarifliche oder behördliche Regelung der AB wegfällt. Für den Wegfall der tariflichen Regelung ist dies von besonderer Bedeutung, sofern man es, wie hier, nur mit tariflichen Bestimmungen über die Arbeits z e i t zu tun hat. Damit wird gleichzeitig die Behandlung der hier gestellten Frage gerechtfertigt, die an sich mit dem Problem der AB in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht.

Die Gründe für den Wegfall einer tariflichen Regelung, auf die näher hier nicht eingegangen werden soll, können verschiedenster Art sein: Kündigung der Tarifvereinbarung, Ablauf befristeter TVe, Tarifbruch und dergl. Die Wirkung des Wegfalls steht im engsten Zusammenhang mit den beiden oben behandelten Wirkungen der tariflichen Vereinbarung über die AB, der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen. Diese beiden Wirkungen bestehen hinsichtlich ihrer rechtlichen Grundlage vollständig unabhängig nebeneinander: die öffentlich-rechtliche beruht auf der Vorschrift des § 5 Abs. 1 AZV, die zivilrechtliche auf der Unabdingbarkeit der Tarifnormen. Diese Unabdingbarkeit bewirkt, wie schon ausgeführt, daß die AVe unmittelbar tarifmäßig gestalteten Inhalt erhalten. Nach einer (heute herrschenden) Ansicht[157] besteht der AV mit diesem Inhalt weiter, auch wenn der TV wegfällt. Diese Lehre, die die sog. Nachwirkung des TV bejaht, ist wohl begründet. Sie ergibt sich zwangsläufig aus der Auffassung, daß der TV kraft der Unabdingbarkeitswirkung zum Arbeitsgesetz geworden ist. Die Aufhebung eines Gesetzes hat aber nicht die Bedeutung, daß seine privatrechtlichen Wirkungen

[156] s. Fleiner S. 233.
[157] RGZ 104/386 und 114/195; Kaskel S. 54 u. Note 5 auf S. 54.

ohne weiteres wegfallen, soweit darüber in dem aufhebenden Gesetz nichts gesagt ist. Dagegen wird von der Lehre, die die Nachwirkung des TV verneint, eingewendet, daß die Einwirkung des TV auf die ihm unterstehenden AVe nicht länger dauern könne als der TV selbst. Diese Streitfrage kann jedoch in unserm Fall vollständig unberücksichtigt bleiben, da, gleichgültig welcher Ansicht man huldigt, immer unzweifelhaft ist, daß die öffentlich-rechtliche Wirkung des TV naturgemäß in dem Augenblick wegfällt, in dem der TV selbst wegfällt. Denn wenn die Tarifnorm, die kraft Gesetzes die Zulässigkeit einer höheren als achtstündigen Arbeitszeit, d. h. die Zulässigkeit von Mehrarbeit, zur Folge hatte, aufgehoben ist, so ist damit gleichzeitig die Mehrarbeit gesetzlich nicht mehr erlaubt. Vielmehr muß automatisch wieder die Gesetzesnorm in Kraft treten, die die gesetzliche Normalarbeitszeit zum Inhalt hat und immer dann zur Anwendung kommt, wenn keine Ausnahmearbeitszeit durch einseitige Bestimmung des AG, TV oder Behördenanordnung geschaffen ist: der § 1 AZV. Es spielt demnach in unserem Fall keine Rolle, wie man sich zur Nachwirkung eines TV stellt: sie kann in allen Fällen nur insoweit anerkannt werden, als dem nicht ein ausdrückliches gesetzliches, öffentlich-rechtlich zwingendes Verbot entgegensteht[158]. Vertraglich kann nach den Grundsätzen der AZV nur im Wege einer Tarifvereinbarung Mehrarbeit ausbedungen werden; der Einzelarbeitsvertrag kann das nicht. Der AV, der bei Bejahung der Nachwirkung des TV noch Tarifinhalt besitzen würde, verstöße gegen das gesetzliche Verbot des § 1 und wäre insoweit nichtig. Es besteht also nicht mehr die durch TV festgesetzte Höchstgrenze, sondern an deren Stelle ist die gesetzliche Höchstgrenze des § 1 getreten; nur innerhalb deren kann nunmehr der AG den AN zur Arbeitsleistung verpflichten.

Ganz klar ist die Rechtslage bei Wegfall einer behördlichen Regelung. Die Gründe für den Wegfall können entweder sein Aufhebung der Anordnung oder Zustandekommen einer tariflichen Regelung. Denn nach § 6 Abs. 4 tritt eine nachträglich erfolgende tarifliche Arbeitszeitbestimmung ohne weiteres an die Stelle der behördlichen. Nach der hier vertretenen Auffassung[159] steht einer grundsätzlichen Anwendung aller Vorschriften des § 6, die ihrer Natur nach für eine analoge Anwendung überhaupt in Frage kommen können, auf § 2 nichts im Wege. In diesem besonderen Fall wird die Anwendbarkeit von keiner Seite bestritten[160]. Sie ergibt sich auch aus der Grundtendenz der AZV, die der

[158] s. Urteil des OLG Dresden v. 28. IX. 1927, veröffentlicht in NZfAR 1928 Sp. 251.

[159] s. S. 40 ff.

[160] s. Potthoff S. 45; Klehmet S. 41; Landmann-Rohmer S. 19; Syrup, Anm. 9 zu § 2; Erdmann S. 54; Leipart S. 18; Komm. Christl. Gewerkschaften S. 9.

tariflichen Regelung vor der behördlichen den Vorrang verleiht[161]. Die Wirkung des Wegfalls ist offenbar. Er begründet das Verbot einer Beschäftigung über acht Stunden hinaus, da die öffentlich-rechtliche Höchstarbeitsgrenze, die von der Behörde festgesetzt wurde, aufgehoben ist. Auch das führt zur Nichtigkeit derjenigen Teile der AVe, die auf Grund[162] der behördlichen Anordnung eine entsprechende Mehrarbeitsverpflichtung enthalten. Jedoch auch nur wieder insoweit, als sie die gesetzliche Höchstgrenze des § 1 überschreiten; bis zu acht Stunden muß das Wiederbestehen einer Verpflichtung angenommen werden[162].

§ 8.

Die Regelungsmöglichkeiten für die Arbeitsbereitschaft außerhalb des § 2 AZV.

1. Die in § 7 dieser Arbeit bejahte grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften der § § 5 und 6 AZV auf die tarifliche und ministerielle Regelung der AB nach § 2 läßt die Frage auftauchen, ob derartige Arbeitsverhältnisse nicht auch außerhalb des § 2 nach diesen Ausnahmebestimmungen vom Achtstundentag ihre Regelung finden können, oder ob § 2 die ausschließliche gesetzliche Grundlage für eine tarifliche und behördliche Berücksichtigung der AB bildet. Die rechtliche Möglichkeit dazu kann ohne weiteres bejaht werden, da die §§ 5 und 6 eine allgemeine Ueberschreitungsmöglichkeit des achtstündigen Arbeitstags zum Inhalt haben, die an keinerlei sachliche Voraussetzungen gebunden ist. Trotz der im Gesetz getroffenen, dem § 2 vorbehaltenen Sonderbehandlung der AB ist eine Berücksichtigung jeder Art von AB auch nach § 5 und § 6 möglich und zulässig.

Eine derartige Regelung ist in zweifacher Richtung von Bedeutung. Einmal hat der Ausschluß jeglicher sachlichen Voraussetzungen in den fraglichen Bestimmungen zur Folge, daß auch eine AB, die keine AB im Sinne des § 2 ist, die also m. a. W. der materiellen Voraussetzungen des § 2 entbehrt, in zeitlicher Beziehung berücksichtigt werden kann. Denn wenn eine Ueberschreitung des Achtstundentags schlechthin möglich ist, muß sie auch möglich sein, wenn der Anlaß dazu das Vorliegen einer allgemeinen AB ist. Beruht jedoch die Regelung auf § 5 oder § 6, dann ist die Ueberschreitung des Normalarbeitstags kraft Gesetzes – im Gegensatz zu einer Regelung nach § 2 – beschränkt. Denn jede Verlängerung der Arbeitszeit nach den § 5 und 6 ist durch § 9 AZV auf maximal zehn Stunden begrenzt. Auch eine AB, die nicht die gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 erfüllt, kann demnach Berücksichtigung hinsichtlich der Beschäftigungsdauer finden; es kann jedoch für sie eine Arbeitszeit von höchstens zehn Stunden festgesetzt werden.

[161] s. auch Ausf.Best. zu § 6.
[162] s. S. 63 ff.

Es kann, wie erwähnt, ein TV oder eine behördliche Anordnung, die über eine AB im Sinne des § 2 Bestimmungen treffen, unter ausdrücklicher Berufung auf § 5 bzw. § 6 abgeschlossen sein. Umgekehrt jedoch kann ein TV oder eine Behördenanordnung, die Bestimmungen über eine AB im allgemeinen Sinn treffen, niemals unter Berufung auf § 2 abgeschlossen bzw. erlassen werden, auch dann nicht, wenn die für die AB festgesetzte Arbeitszeit sich innerhalb der für eine tarifliche oder behördliche Regelung bestehenden Zehnstundengrenze bewegt. Denn nur eine AB im Sinne des § 2 kann auch durch § 2 geregelt werden; die Höhe der für sie festgesetzten Arbeitszeit spielt dabei keine Rolle. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ein TV, der für eine AB im allgemeinen Sinn eine mehr als zehnstündige Arbeitszeit bestimmt, weil die Parteien unter Verkennung der sachlichen Voraussetzungen des § 2 ihn auf Grund des § 2 abgeschlossen haben, schlechthin ungültig ist, deshalb, weil er gegen das Verbotsgesetz des § 9 verstößt. Eine Entscheidung des Schlichtungsausschusses München[163] vertritt die Auffassung, daß eine Regelung, die ohne die Voraussetzungen des § 2 erfolgt, ständig von der Gefahr bedroht sei, auf Grund des Wortlauts des § 2 durch die zuständigen Arbeitsgerichte für ungültig erklärt zu werden. In dieser allgemeinen Form kann das nicht behauptet werden. Zu beachten ist gerade hier der enge Zusammenhang zwischen § 2 und § 5. Es verstößt nicht der TV als Ganzes gegen die Norm des § 9, sondern nur die Zeitbestimmung, die über zehn Stunden hinausgeht. Innerhalb der Zehnstundengrenze ist er durch § 5 gedeckt. Wenn die Parteien den Willen hatten, die Arbeitszeit für „Bereitschaftsarbeiter" über acht Stunden hinaus zu verlängern, so muß angenommen werden, daß sie, wenn sie das Fehlen der materiellen Voraussetzungen für eine Regelung gemäß § 2 gekannt hätten, einen TV gemäß § 5 abgeschlossen hätten. Ein solcher TV ist deshalb in Anwendung des § 139 BGB nur insoweit ungültig, als die für die AB festgesetzte Arbeitszeit über zehn Stunden hinausgeht. Dasselbe gilt für eine behördliche Anordnung, die ihre Rechtsgrundlage entweder in § 2 oder in § 6 haben kann. Ist sie auf Grund der im § 2 liegenden gesetzlichen Ermächtigung ergangen und setzt sie eine mehr als zehnstündige Arbeitszeit fest, ohne daß die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, so ist sie bis zur Zehnstundengrenze durch § 6 in Verbindung mit § 9 gedeckt.

2. Neben diesen Regelungsmöglichkeiten bestehen noch zwei weitere, deren eine mit dem behördlichen Beanstandungsrecht[164] und deren andere mit der tariflichen Delegationsbefugnis[165] in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Bei der Behandlung des Beanstandungsrechts wurde bereits darauf hingewiesen, daß im Falle einer Nichtabänderung der beanstandeten Tarifbestimmungen seitens der Tarifparteien die Be-

[163] s. ZfAR 1928 Sp. 151 ff.
[164] s. S. 64 ff.
[165] s. S. 47 ff.

hörde befugt ist, selbst Bestimmungen über die zulässige Dauer der Arbeitszeit zu treffen. § 5 Abs. 2, der nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch für die in § 2 erwähnte TVe gilt, enthält also gleichzeitig die Möglichkeit einer besonderen behördlichen Regelung der AB, die an die Voraussetzung einer tariflichen Regelung gebunden ist, deren Bestimmungen unvereinbar mit dem öffentlich-rechtlichen AN-Schutz sind. Nach Beanstandung der sozialwidrigen Teile des Tarifvertrags und nach erfolglosem Ablauf einer von der Behörde gesetzten angemessenen Frist zur Abänderung kann die beanstandende Behörde von sich aus die Arbeitszeit für Bereitschaftsarbeiter regeln[166].

Die Anordnung der Behörde ist nach dem Zweck des Gesetzes bestimmt, „an Stelle" der beanstandeten tariflichen Bestimmungen zu treten. Sie soll die sozialwidrigen Tarifnormen ersetzen durch Vorschriften, die dem Sozialschutz nicht widersprechen. Die Tarifparteien sind nicht gezwungen, den TV abzuändern und neue Vereinbarungen zu treffen. Das folgt aus dem Recht der Behörde, selbständig einzugreifen, „wenn" der TV innerhalb der gesetzen Frist nicht geändert wird. Nach dem Erlaß der behördlichen Anordnung können aber die beanstandeten tariflichen Bestimmungen nicht mehr bestehen bleiben. Denn sie verstoßen gegen die behördliche Regelung, die wie jede andere mit öffentlich-rechtlicher Wirkung eine Höchstgrenze für die Arbeitszeit festsetzt[167] und somit ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt[168]. Die Tarifbestimmungen, die in erster Linie Vereinbarungen privatrechtlicher Natur sind, verlieren damit ihre rechtliche Wirksamkeit[169].

Die Anordnung der Behörde hat eine selbständige Bedeutung. Sie besteht für sich, wie die Anordnung des RAM nach § 2 oder § 6, oder irgendeiner anderen Behörde, die vom RAM delegiert ist. Denn es kann mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung nicht angenommen werden, daß die Vorschriften der Behörde Bestandteil des TV werden[170]. Dies würde dem Grundsatz über die rechtlichen Voraussetzungen zum Zustandekommen privater Verträge zuwiderlaufen. Die behördliche Regelung ist eine einseitige Anordnung, die nicht entstanden ist durch Einigung der Parteien. Sie kann deshalb auch nicht ohne weiteres Vertragsinhalt werden. Im heutigen Arbeitsrecht besteht nur eine Möglichkeit, den mangelnden Willenskonsens beim Abschluß von TVen durch den Machtspruch eines staatlichen Organs zu ersetzen. Es ist dies die Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs durch die Schlichtungsbehörde, die zum Zwangstarif führt. Die Voraussetzungen dazu sind hier nicht gegeben. Auch ist die Behördenanordnung nach § 5

[166] s. Potthoff S. 45.
[167] s. Ausf.Best. zu § 5.
[168] s. auch Potthoff S. 74; v. Ende S. 48.
[169] s. Potthoff S. 74.
[170] a. M. v. Ende S. 48; gleicher M. Landmann-Rohmer S. 27 und Neitzel S. 20.

Abs. 2 nicht einem Zwangstarif durch Gesetz gleichgestellt. Es heißt vielmehr in den Ausf.Best. zu § 5: „die nach Abs. 2 behördlich festgesetzte Arbeitszeit hat lediglich die Bedeutung einer gesetzlich zugelassenen Höchstarbeitszeit". Hier kommt der Wille des Gesetzgebers eindeutig zum Ausdruck. Dieser Tatsache steht jedoch nicht entgegen, daß die Parteien die behördlichen Bestimmungen in den TV aufnehmen und so zum verbindlichen Vertragsinhalt machen. Die Willensübereinstimmung zur Aufnahme bedeutet dann gleichzeitig eine Einigung über den Inhalt der Anordnung. Diese Aufnahme ist insofern von großer Bedeutung, als sie die privatrechtliche Wirkung der von der Behörde zugelassenen Arbeitszeit herbeiführt. Denn wenn die Behördenanordnung Tarifvertragsinhalt geworden ist, geht sie automatisch und unabdingbar in die einzelnen AVe über und der einzelne AN wird dadurch kraft Vertrags zur Ableistung der Arbeitszeit verpflichtet. Aber auch wenn dies nicht geschieht, muß nach den Ausführungen an früherer Stelle über eine auf Treu und Glauben, stillschweigender Vereinbarung und der Bedeutung, die den Ausnahmevorschriften der AZV zukommt, beruhende Arbeitspflicht eine Leistungsverpflichtung der AN unterstellt werden. Dies gilt hier um so mehr, als die Parteien in dem beanstandeten TV bereits eine Mehrarbeitsverpflichtung weiteren Umfangs vereinbart hatten[171].

Aus der selbständigen Bedeutung der behördlichen Anordnung folgt auch, daß ihr Bestand unabhängig ist von dem Bestand des (beanstandeten) TV. Der Grundsatz von dem Vorrang der Tarifvereinbarung vor der Behördenregelung, den Landmann-Rohmer[172] zur Begründung der gegenteiligen Auffassung heranzieht, kann in diesem Zusammenhang überhaupt nicht zur Anwendung kommen; denn es liegt in diesem Fall gar kein TV vor, der den behördlichen Bestimmungen im Wege stehen könnte, da mit dem Erlaß der Anordnung durch die beanstandende Behörde die sozialwidrigen Bestimmungen nichtig werden[173]. Damit enthält der TV keine Bestimmungen über die Arbeitszeit mehr. Fällt der TV weg, hat dies folglich keinen Einfluß auf die von der Behörde festgesetzte Arbeitszeit. Diese ist nach wie vor gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit. Die Behörde ist aber in die Lage versetzt, ihre Anordnung aufzuheben. Dadurch führt sie das Einschlagen des § 1 AZV herbei.

Wenn die Parteien die behördlichen Bestimmungen zum Tarifinhalt gemacht haben, hat die Behördenanordnung ihren Zweck erreicht und ist vorerst rechtlich ohne irgendwelche Bedeutung. Erst in diesem Fall macht sich nämlich der Vorrang des TV wieder geltend: die nachträglich zustandegekommene tarifliche Regelung, die in der Aufnahme der behördlichen Bestimmungen in den TV zu erblicken ist, tritt ohne weiteres an die Stelle der behördlichen (§ 6 Abs. 4 AZV). Der Auffassung, daß dadurch die behördliche Anord-

[171] s. Neitzel S. 20.
[172] S. 27.
[173] s. S. 74.

nung der Ungültigkeit anheimfällt[174], kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Eine privatvertragliche Vereinbarung kann mangels besonderer Vorschrift niemals die öffentlich-rechtliche Verfügung oder Verordnung einer Behörde beseitigen. Sie kann nur deren Anwendung ausschließen. Dies allein kommt auch im Wortlaut des § 6 Abs. 4 zum Ausdruck[175]. Daraus ergibt sich für unseren Fall folgendes: trifft ein TV nach Erlaß der Behördenanordnung Bestimmungen, die sich innerhalb des Rahmens der behördlichen Bestimmungen halten, so gelten für das Verhältnis der Parteien diese als verpflichtende Höchstarbeitszeit; die behördliche Höchstarbeitszeit bleibt daneben, von den Parteien unausgenutzt, bestehen. Trifft ein TV nachträglich Bestimmungen, die über den Rahmen der behördlichen Anordnung, die auf Grund des § 5 Abs. 2 erlassen ist, hinausgehen, so sind diese Tarifbestimmungen als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig und als gesetzliche Höchstarbeitszeit gelten wieder die Bestimmungen der Behörde. Aus der Vorschrift des § 5 Abs. 2 muß also notwendig auf eine Einschränkung des Grundsatzes geschlossen werden, daß der TV der Behördenanordnung vorgeht. Diese Beschränkung geht dahin, daß Tarifbestimmungen über die Arbeitszeit, die mit dem Sinn des öffentlichen AN-Schutzes unvereinbar sind, also kurz gesagt, sozial-widrige Tarifnormen nicht den Vorrang genießen, den die AZV TVen gegeben hat. Andernfalls könnte dem Beanstandungsrecht eine praktische Bedeutung überhaupt nicht beigemessen werden, da die Tarifparteien jederzeit in der Lage wären, durch Neuabschluß eines TV die behördliche Anordnung zu übertreten. Die Behörde wäre gezwungen, dauernd zu beanstanden, ohne damit den Erfolg zu erzielen, der in der Absicht des Gesetzgebers lag[176].

3. Die zweite Regelungsmöglichkeit außerhalb § 2 und außerhalb der allgemeinen Vorschriften der §§ 5 und 6 ist gegeben durch § 5 Abs. 3. Dessen Anwendbarkeit auf § 2 wurde früher[177] schon begründet. Voraussetzung für diese Regelung ist, daß eine BV oder eine Tarifinstanz, die zur Regelung der AB-Zeit durch TV ermächtigt wurden, innerhalb einer von der obersten Landesbehörde bestimmten Frist keine entsprechende Vereinbarung oder Entscheidung getroffen haben. Dann kann wiederum die Behörde „Bestimmungen über die zulässige Dauer der Arbeitszeit treffen". Auch dieser Anordnung kommt nach allgemeinen Grundsätzen nur die Bedeutung einer öffentlich-rechtlich zulässigen Höchstarbeitszeit zu. Der Gesetzgeber hat in diesem Fall an die Möglichkeit einer Hinzögerung bei der Vereinbarung der Arbeitszeit gedacht, die er im Interesse der AN-schaft wie in diesem Fall besonders auch der AG-schaft zu verhindern bestrebt war. Denn wenn man von dem Regelfall ausgeht, daß der TV überhaupt keine Arbeitszeit fest-

[174] s. Leipart S. 31.
[175] s. Klehmet S. 58; Landmann-Rohmer S. 33.
[176] s. dazu v. Ende S. 48 unten; Potthoff S. 75.
[177] s. S. 40 ff.

setzt, so bestünde hinsichtlich der AN kein Anlaß zu behördlichem Einschreiten, da ja der Achtstundentag des § 1 gelten würde. Da die Behörde nicht verpflichtet ist, von sich aus Bestimmungen zu treffen, kommt im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Gesichtspunkt dieser Vorschrift keine große Bedeutung zu. Der Zweck ihrer Aufnahme in des Gesetz, über den sich der Gesetzgeber nirgends äußert, läßt sich demnach mit Neitzel[178] und Potthoff[179] nur darin erblicken, daß allgemein im Interesse des Wirtschaftslebens eine schnelle Entscheidung über Mehrarbeit herbeigeführt und im besonderen der AG, der einen Antrag auf behördliche Regelung nach § 6 zu stellen deshalb gehindert ist, weil ein TV vorliegt, der allerdings keine „näheren" Bestimmungen über die Arbeitszeit enthält, geschützt werden soll.

Die Anordnung der Behörde ist im Falle des § 5 Abs. 3 in ihrer zeitlichen Geltung beschränkt. Sie bleibt nur so lange in Kraft, „bis die Vereinbarung oder Entscheidung vorliegt". Im Gegensatz zu § 5 Abs. 2[180] kommt also hier der behördlichen Regelung eine selbständige Bedeutung nicht zu. Kommt die Vereinbarung oder Entscheidung zustande, so wird sie kraft Gesetzes – nicht durch das Zustandekommen der Vereinbarung oder Entscheidung[181]! – hinfällig, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufhebung, die, wenn sie erfolgt, nur rein formelle Bedeutung haben kann, seitens der Behörde bedarf. Kommt die BV oder Entscheidung der Tarifinstanz während der Geltungsdauer des TV nicht zustande, fällt sie gleichzeitig mit der, gleichgültig aus welchen Gründen, erfolgten Beseitigung des TV weg. Denn mit dem Außerkrafttreten des TV sind die Voraussetzungen nicht mehr gegeben, auf Grund deren die behördliche Regelung erfolgen konnte.

Während für die Regelungen der AB nach § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 der wichtige Satz gilt, daß sie einerseits an die Voraussetzungen des § 2 nicht gebunden sind, andererseits für sie aber die zwingende gesetzliche Höchstgrenze des § 9 zu beachten ist, bestehen für die beiden letztbehandelten Regelungen nach § 5 Abs. 2 und Abs. 3 naturgemäß auch die Voraussetzungen des § 2, wenn sie sich auf TVe beziehen, die auf Grund des § 2 abgeschlossen sind, nicht aber gilt für sie, ebensowenig wie für TVe und Behördenanordnungen nach § 2, die Maximalgrenze des § 9.

§ 9.

Die zulässige Höhe der Arbeitszeit bei vorliegender Arbeitsbereitschaft im Sinne des § 2 AZV.

Es wurde an früherer Stelle[182] eingehend erörtert, daß der Inhalt der „abweichenden Regelung" im Sinne des § 2 nur in

[178] S. 20.
[179] S. 76.
[180] s. S. 74.
[181] s. S. 75 ff.
[182] § 6.

einer zeitlichen Ueberschreitung der Achtstundengrenze des § 1 bestehen kann, nicht aber in einer vollständigen Nichtanrechnung der AB bzw. AB-Zeit. Das würde sowohl der Tatsache der Sonderbehandlung, die der AB zuteil geworden ist und aus der hervorgeht, daß die AZV die AB nicht einfach als Nichtarbeit betrachtet, wie den sozial- und nationalpolitischen Tendenzen des AN-Schutzrechts vollkommen zuwiderlaufen. Eine Obergrenze für die Beschäftigungsdauer bei vorliegender AB im Sinne des § 2 ist nun weder im § 2 noch im § 9, der für alle anderen Ausnahmefälle der AZV die zehnstündige Höchstgrenze festsetzt, bestimmt.

Daraus darf aber bei Berücksichtigung von Zweck und Sinn des sozialen AN-Schutzrechts nicht der Schluß gezogen werden, daß die AB in Ansehung ihrer zeitlichen Dauer gewissermaßen außerhalb des Gesetzes steht. Auf den Grund, warum der § 2 AZV hinsichtlich des Begriffes „Arbeitsbereitschaft", wie hinsichtlich der Beschäftigungsdauer ganz allgemein gehalten ist, wurde schon mehrfach hingewiesen: der Gesetzgeber war bestrebt, der Verschiedenartigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse im weitgehendsten Maße Rechnung zu tragen. Wenn also nach den bloßen Buchstaben des Gesetzes theoretisch eine Beschäftigungsdauer bis zu 24 Stunden festgesetzt werden könnte, ohne daß dies einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB bedeuten würde, so darf dabei nicht übersehen werden, daß eine solche Arbeitszeit nicht nur gegen die guten Sitten verstoßen würde und gemäß § 138 BGB nichtig wäre, sondern auch mit dem Sinn des öffentlich-rechtlichen AN-Schutzes unvereinbar wäre und mit Hilfe des § 5 Abs. 2 durch eine behördliche Verfügung zunichte gemacht werden könnte. Die Ausf.Best. zu § 2 sprechen davon, daß eine Obergrenze für die Beschäftigungsdauer bei AB in der Verordnung nicht „vorgeschrieben", d. h. also unmittelbar und ausdrücklich im Gesetz nichts darüber bestimmt sei. Eine solche muß aber aus vorerwähnten Gründen des Sozialschutzes und unter Berücksichtigung der Tatsache gefunden werden, daß die AB ihrem Wesen nach Arbeit ist.

Was mit dem Sinn des öffentlich-rechtlichen AN-Schutzes in zeitlicher Beziehung noch zu vereinbaren ist, dafür kann der § 9 AZV einen Maßstab geben. Man erkennt die tiefere Bedeutung dieser Vorschrift bei der Ueberlegung, daß es sich bei allen in § 9 erwähnten Ausnahmen durchwegs um Mehrarbeit handelt, die ihrer Natur nach in Vollarbeit besteht. § 9 stellt also den Grundsatz auf: für eine Arbeitsleistung, die ständig in Vollarbeit besteht, bildet die Zehnstundengrenze das Höchstmaß dessen, was an ununterbrochener Arbeitszeit verlangt werden kann. Diese Höchstgrenze kann nur in Ausnahmefällen vorübergehender Art überschritten werden. Bei der AB handelt es sich aber nicht um einen solchen Ausnahmefall, sondern um eine regelmäßige Arbeitszeit, die an Stelle der Normalarbeitszeit des § 1 tritt. Deshalb muß die

Vorschrift des § 9 AZV nicht absolut, wohl aber relativ auch für die AB als grundsätzlicher Maßstab in Anwendung kommen.

Das Arbeitsverhältnis[183] „Arbeitsbereitschaft" setzt sich zusammen aus Vollarbeit und Bereitschaftsarbeit. Wenn die Vollarbeit bereits zehn Stunden in Anspruch nehmen würde, wäre daneben eine Berücksichtigung der AB durch das Verbot des § 9 ausgeschlossen. Aber auch die Gesamtarbeitszeit, die bei einer Regelung der AB gemäß § 2 festgesetzt wird, umgerechnet auf eine Arbeitszeit im Sinne des § 1 („Vollarbeitszeit"), muß sich grundsätzlich in dem Höchstrahmen, der durch § 9 gegeben ist, halten, um nicht als sozialwidrig dem Beanstandungsrecht des § 5 Abs. 2 zu verfallen, wenn sie ihn auch tatsächlich, d. h. hinsichtlich ihrer zeitlichen Ausdehnung mit Rücksicht darauf, daß die Bereitschaftsarbeit nicht der Vollarbeit gleichgesetzt werden darf, überschreitet. Das erfordert, daß die nach § 2 festgesetzte Gesamtarbeitszeit unter Zugrundelegung einer einheitlichen Basis umgerechnet werden muß zu einer Arbeitszeit im Sinne des § 9 AZV. Diese einheitliche Basis kann naturgemäß nur die Vollarbeit sein. Demgemäß muß die Bereitschaftsarbeit in Vollarbeit bzw. die Arbeitsbereitschaftszeit in Vollarbeitszeit umgewandelt werden. Diese Umwandlung erfolgt in der Praxis in der Regel in Form einer prozentualen Anrechnung der Bereitschaftszeit auf die Arbeitszeit. So bestimmt z. B. das Kollektivabkommen für die Großstadtmetallindustrie in Bayern vom 1. IX. 1926 in § 2 Abs. 4: „Zwei Stunden Arbeitsbereitschaft werden als je eine Stunde reine Arbeitszeit gerechnet und bezahlt". Die Dienstdauervorschriften für das Betriebs- und Verkehrspersonal der deutschen Reichsbahn vom 19. IX. 1924 rechnen in § 2 die AB für Bahnbewachungspersonal usw., Zugbegleitpersonal usw. mit 50 v. H., für Lokomotivpersonal mit 80 v. H. an. Auf diesem Weg der Umrechnung weist auch schon eine Bestimmung (§ 17 Abs. 2) in dem vom sozialpolitischen Ausschuß des vorläufigen RWR durchberatenen Arbeitszeitgesetzentwurf für Angestellte hin, mit den Worten, daß die TVe „über das Verhältnis von Arbeitszeit und Arbeitsbereitschaft" (genauer wäre „Arbeitsbereitschaftszeit") Bestimmungen zu treffen haben. Bei der Bemessung des Hundertsatzes spielt vor allem die Schwere der Bereitschaftsarbeit eine Rolle. Je schwerer sie ist, desto größer ist der Hundertsatz zu wählen, je leichter, desto geringer. Daneben muß auch die „Erheblichkeit" der AB mit berücksichtigt werden, d. h. die Dauer der Bereitschaftsperioden im Verhältnis zur Dauer der Vollarbeitsperioden. Ist der Hundertsatz gefunden, dann ergibt sich, wie hoch die Gesamtarbeitszeit, die gemäß § 2 für Bereitschaftsarbeiter festgesetzt wird, sein darf, ohne gegen den Grundsatz des § 9 zu verstoßen: die Summe aus der Vollarbeitszeit (Gesamtdauer der Vollarbeitsperioden) und der auf Vollarbeitszeit umgerechneten Bereitschaftsarbeitszeit (Gesamtdauer der Bereit-

[183] s. Wortlaut des § 2 AZV!

schaftsarbeitsperioden) darf zehn Stunden „reine" Arbeitszeit im Sinne des § 9 nicht überschreiten. Schulz-Schaeffer hat das mit der Formel ausgedrückt:

$$x + \frac{a-x}{n} = 10$$

Dabei bedeutet x die Vollarbeitszeit, a die Gesamtarbeitszeit, n den Umrechnungsfaktor, 10 die Höchstgrenze nach § 9. Ist, was die Regel bildet, a bekannt, dann kann unter Zugrundelegung des jeweils in Frage kommenden Umrechnungsfaktors errechnet werden, in welchen Grenzen x sich halten muß, d. h. wie lange der AN innerhalb der Gesamtarbeitszeit mit Vollarbeit beschäftigt werden kann, ohne daß dadurch das zehnstündige Höchstmaß des § 9 überschritten wird.

Die vorstehenden Ausführungen gelten in dieser Allgemeinheit nur für erwachsene männliche AN. Für weibliche und jugendliche AN bildet die Zehnstundengrenze der §§ 135 ff. RGewO eine absolute Höchstgrenze, d. h. sie können ohne Rücksicht darauf, ob Vollarbeit oder Bereitschaftsarbeit geleistet wird, nie länger als zehn Stunden täglich beschäftigt werden.

Schlußwort.

In der gesetzlichen Regelung der AB durch die AZV ist zu Unrecht die Gefahr einer unsozialen Ausnutzung der Arbeitskraft erblickt worden. Bei einer verständigen Auslegung des Gesetzes, die gelenkt wird von dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Sonderbehandlung der AB verfolgt, und von den Forderungen, die das AN-Schutzrecht in sozialer Beziehung erhebt, ist diese Befürchtung jedoch unbegründet. Gerade die allgemeine Fassung des § 2 AZV gestattet die bestmögliche Berücksichtigung der Beanspruchung der Arbeitskraft im Einzelfall; sie ermöglicht ferner die Anwendbarkeit des Gesetzes auf alle im Wirtschaftsleben auftretenden Arten der AB. Deshalb ist die Regelung des geltenden Rechts der des kommenden vorzuziehen, das auch für die AB einen festbestimmten gesetzlichen Arbeitstag einführt und einen naturgemäß unvollständigen Katalog von Bereitschaftsarbeitern aufstellt.